Inhalt des Pfandrechts an einer durch eine Verkehrshypothek gesicherten Forderung.

Dr. jur. Walter Gröpke.

Inhalt des Pfandrechts an einer durch eine Verkehrshypothek gesicherten Forderung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

hohen juristischen Fakultät der Georg August-Universität zu Göttingen

vorgelegt

von

Walter Gröpke,
Referendar am Landgericht zu Aurich.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

1914
Druck von Carl Ermacora, Hannover.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548101_0020

Meinen Eltern.

Inhalt des Pfandrechts an einer durch eine Verkehrshypothek gesicherten Forderung.

I. Teil.

Seite

§ 1. a. Die für das Pfandrecht an der Forderung wie der Hypothek zur Anwendung kommenden Vorschriften des BGB. 7

b. Begriff des Pfandrechts

§ 2. Theorie des Rechts am Recht 8

§ 3. Sukzessionstheorien: α. Bedingte Zession 11

§ 4. β. Qualitative Teilung 11

§ 5. γ. Kooptierende Zession 14

§ 6. δ. Uebertragung der Ausübung 15

§ 7. c. Die beim Hypothekenpfandrecht beteiligten Personen 18

II. Teil.

I. Das pfandrechtliche Verhältnis vor Pfandreife.

A. Die verpfändete Forderung ist noch nicht fällig.

§ 8. Das Verhältnis hinsichtlich der Forderung 18

§ 9. Das Verhältnis hinsichtlich der Hypothek 20

B. Fälligkeit der Hypothekenforderung.

§ 10. Geltendmachung der verpfändeten Rechte 22

§ 11. Das Recht zur Kündigung 23

II. Das pfandrechtliche Verhältnis nach Pfandreife.

A. Die verpfändete Forderung ist fällig.

1. Das pfandrechtliche Verhältnis bezüglich der Forderung.

a. Einziehungsrecht des Pfandgläubigers

§ 12. α. Voraussetzungen, Prüfung und Einreden 26

§ 13. β. Ausübung des Einziehungsrechts, damit verbundene Pflichten, Wirkung 29

§ 14. γ. Beschränkungen in der Ausübung des Einziehungrechts . . . 33

§ 15. δ. Erweiterungen des Rechts des Pfandgläubigers durch Vereinbarung 36

§ 16. b. Einziehungsrecht des Hypothekars 38

§ 17. c. Einfluß des pfandrechtlichen Verhältnisses auf den Konkurs des Hypothekenschuldners 39

§ 18. d. Konkurs des Gläubigers der verpfändeten Forderung 41

§ 19. e. Abtretung an Zahlungsstatt 41

2. Das pfandrechtliche Verhältnis bezüglich der Hypothek.

a. Einziehungsrecht des Pfandgläubigers

§ 20. α. Voraussetzungen, Prüfung und Einreden 42

§ 21. β. Ausübung des Einziehungsrechts, Pflichten, Wirkung . . . 45

§ 22. γ. Beschränkungen in der Ausübung seines Rechts 48

§ 23. δ. Erweiterungen des Rechts des Pfandgläubigers durch Vereinbarung 48
§ 24. b. Einziehungsrecht des Hypothekars 49
§ 25. c. Zwangsvollstreckung in das Grundstück 49
B. Das pfandrechtliche Verhältnis in dem Falle, daß die verpfändete Forderung noch nicht fällig ist.
§ 26. Recht zur Kündigung 55
§ 27. Verwertung der Hypothek durch Verkauf 57
§ 28. III. Umfang der Pfandhaftung 58

Literatur.

Bekker, Pandekten. 1886, 1889.
Biermann, Sachenrecht. 1903.
Böhmer, Trennung von Hypothek und Forderung. Arch. f. BR. 37, 205.
Cosack, Lehrbuch des BGB. 1908.
Dernburg, Pandekten. 7. Aufl. 1902, 1903.
„ Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens. 1904.
von Dadelsen, Pfändung einer Forderung, für die eine Hypothek besteht. Leipzig. Diss. 1909.
Enneccerus, Kipp, Wolff, Lehrbuch des BGB. 1912.
Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes. 1873.
Fischer, Hypothekenbrief im Deutschen Recht. Arch. f. BR. 14, 223.
Förster, Handbuch des formellen Grundbuchrechts.
Froeber, Rechtliche Konstruktion des Pfandrechts an Rechten. Heid. Diss. 1907.
Fuchs, Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des BGB. und der GBO. 1901—1903.
„ Wesen der Dinglichkeit. 1889.
Gaupp-Stein, Kommentar zur ZPO. 8./9. Aufl. 1906, 1908.
Güthe, Kommentar zur GBO. 1910.
Hanausek, Uneigentlicher Nießbrauch. 1883.
Hauser, Zwangsvollstreckung in Hypotheken. Freib. Diss. 1906.
Hartmann, Dogm. Jahrb., Bd. 17.
Hellwig, Pfändung und Verpfändung von Forderungen. 1883.
„ Anspruch und Klagerecht.
„ Lehrbuch des ZPR. 1903, 1907, 1909.
Heinsheimer, Krit. Viertelj. 49, 463.
Hollerung, Pfandrecht an Forderungen. Würzb. Diss. 1904.
Jäckel, Kommentar zum ZVG. 1908.
Jaeger, Kommentar zur KO. 1908.
„ Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses. 1905.
Kuhlmann, Verhältnis des Pfandgläubigers zum Gläubiger bei Verpfändung einer Geldforderung. Rost. Diss. 1902.

Krückmann, Beschränkter Rechtserwerb. Arch. f. ziv. Praxis. 103.
Kohler, Forderungspfandrecht und Stimmrecht beim Zwangsvergleich. ZZP. 10, 199.
„ Pfandrechtliche Forschungen. 1882.
Kunze, Heidelb. Kritische Zeitschrift, II. S., 239.
Neumann, Jahrbuch des Deutschen Rechts.
„ Handbuch des BGB.
Oetker, Stellung des Forderungspfandgläubigers im Konkurse in Festschrift für Buchka. 1891.
Oberneck, Reichsgrundbuchrecht. 4. Aufl. 1909.
Petersen-Anger, Kommentar zur ZPO. 5. Aufl. 1904/1906.
Planck, Kommentar zum BGB. 1906.
Ramdohr, Schutz mangelnder Erkenntnis. Gruchot 44, 372.
Ruhstrat, Ueber Natur und Wirkungen des Pfändungspfandrechts an Forderungen ZZP. 14, 451.
Staudinger, Kommentar zum BGB. 1910.
Seuffert, Kommentar zur ZPO. 11. Auflage 1910.
„ Konkursprozeßrecht 1899.
Schwind, Inhalt und Wesen des Pfandrechts. Abh. f. D. P., Z. R. II, 1.
Sohm, Gegenstand 1890.
Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht. 2. Aufl.
Weigelin, Pfandrecht an Forderungen. Tüb. Diss. 1899.
Windscheid, Pandekten. 9. Auflage. 1906.

Zeitschriften.

Beiträge zu den Erläuterungen des Deutschen Rechts (Gruchot).
Deutsche Juristenzeitung.
Juristische Wochenschrift.
Motive zum BGB.
Entscheidungen des Reichsgerichts.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Mugdan-Falkmann).
Seufferts Archiv.
Lobes Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit.
Archiv für Bürgerliches Recht.
Abhandlungen für Deutsches Privat- und Zivilprozeßrecht.
Zeitschrift für den Deutschen Zivilprozeß.
Grünhuts Zeitschrift.

Inhalt des Pfandrechts an einer durch eine Verkehrshypothek gesicherten Forderung.

I. Teil.

§ 1. a) Die für das Pfandrecht an der Forderung wie an der Hypothek zur Anwendung kommenden Vorschriften des BGB.

Das Pfandrecht an einer Forderung, die durch eine Hypothek gesichert wird, besteht sowohl an dem Hauptrecht, der Forderung, wie an dem Nebenrecht, der Hypothek. Beide Rechte, das persönliche wie das dingliche, sind in die Pfandhaftung verstrickt. Wie das Verhältnis dieser Verstrickung zu erklären ist, ergibt sich aus dem Verhältnis der Grundrechte zu einander. Aus dem Hypothekenrecht läßt sich erkennen, daß die Hypothek ein akzessorisches Recht ist, d. h. in ihrem Bestande wie in ihrer Ausübbarkeit von dem Hauptrecht abhängig ist. §§ 1113, 1137, 1164. Hieraus ist der Schluß zu ziehen, daß das Hypothekenpfandrecht ein Gesamtpfandrecht an der Forderung wie an der Hypothek ist, dessen Ausübung sich aber nach dem Abhängigkeitsverhältnis von Forderung und Hypothek regelt. Auf dieses Gesamtpfandrecht kommen einheitlich die Vorschriften des BGB. über das Forderungspfandrecht §§ 1279 ff. zur Anwendung. Hinsichtlich der Hypothek bedarf es des Nachweises. Die meisten Vorschriften kommen mittelbar infolge der Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung zur Anwendung. Die Ausübungsmöglichkeit der Hypothek richtet sich nach der Ausübung der Forderung. Die Geltendmachung des Pfandrechts richtet sich nach dem Stande der Forderung. Daher richtet sich die Ausübung des Pfandrechts an der Hypothek nach dem Stande des Pfandrechts an der Forderung. Hiernach kommen ohne weiteres die §§ 1281, 1282, 1283, 1284 auch für die Hypothek zur Anwendung. Fraglich bleibt aber, ob die übrigen Vorschriften über das Forderungspfandrecht, namentlich

die §§ 1285, 1286 auch auf die Hypothek anwendbar sind. Die Vorschriften über das Forderungspfandrecht finden auch Anwendung auf das Pfandrecht an nicht obligatorischen Ansprüchen. Staud. § 1279, 1. Planck, Biermann § 1279, Düringer-Hachenburg 1913 Bd. 2, S. 661, 2a. Es streitet für diese Ausdehnung der § 413 BGB., der die Vorschriften über die Uebertragung von Forderungen auf die Uebertragung anderer Rechte ausdehnt. Da das Gesetz die Verpfändung nach Analogie der Uebertragung regelt, so kommt § 413 hier in Betracht. Wenngleich nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht das Recht aus der Hypothek kein Anspruch gegen den Eigentümer ist (Realobligation), „so hat es doch einen inneren Grund, wenn unsere Zivil- und Prozeßgesetze nach einigen Richtungen das Recht zur Entnahme einer Geldsumme aus einer Sache einem Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme gleichbehandeln". Enneccerus-Wolff III. § 131, S. 454, IV. Der Nachweis für diese Gleichstellung ist von Wolff a. a. O. mit guten Gründen geführt worden. vgl. auch Jäger (08.) § 2 Anf. Ges. Anm. 8, 10. Auch hier ergibt sich die Anwendung der Vorschriften über Forderungspfandrechte auf das Verhältnis von Pfandgläubiger zum Eigentümer des verhafteten Grundstücks aus der Aehnlichkeit des „Rechts zur Entnahme einer Geldsumme aus einer Sache" mit Lösungsbefugnis des Eigentümers, um deren Ausübung er erst gemahnt werden muß, mit dem Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme.

b) Begriff des Pfandrechts.

§ 2. Theorie des Rechts am Recht.

Um den Inhalt des Pfandrechts zu bestimmen, bedarf es einer genauen Klärung des Begriffs. Das Pfandrecht gehört zu den begrenzt dinglichen Rechten, den Belastungen. Ihre Entstehung aus dem Mütterrecht ist sehr bestritten. Es lassen sich in der Literatur zwei Wege erkennen, auf welchen eine einheitliche Erklärung für die Entstehung der begrenzt dinglichen Rechte versucht worden ist.

Die erste Theorie geht zur Erklärung der jura in re aliena von dem Begriff der Belastung aus. Der Eigentümer einer Sache räumt einem anderen ein beschränkt dingliches Recht ein, indem er die Sache belastet. „Das dingliche Recht ergreift die Sache, ohne des Eigentumes als Zwischengliedes zu bedürfen, und belastet nicht das Eigentum, sondern die Sache selbst." (Gierke, D. Priv. R. S. 598). „Es

ist aus einer Abzweigung von Teilherrschaft entstanden. (a. a. O. 349.) Da es seinen Inhalt nur auf Kosten des Eigentumes gewinnen kann, beschränkt es das Eigentum. (a. a. O. 599.) Allein da es grundsätzlich in seinen Teilbereich gebannt und zur Erstreckung auf die Sache im ganzen unfähig ist, vermag es niemals das Eigentum zu verdrängen." (a. a. O. 599.) Diese Theorie genügt nicht, um den Inhalt der begrenzt dinglichen Rechte zu bestimmen. Denn sie vermag über das Verhältnis vom Tochterberechtigten zum Eigentümer nichts auszusagen. Sie deutet nur an, daß der Erwerber ein Recht bestimmten Inhalts erlangt hat und daß der Veräußerer sein Recht noch behalten hat. Wie aber die „Beschränkung" („Abzweigung von Teilherrschaft"!) des Bestellers zu erklären ist, erhellt nicht. Man fragt vergebens, ob eine Veränderung mit diesem Recht vorgegangen ist oder ob der Berechtigte nur in der Ausübung seines Rechts beschränkt wird. Folgeweise erhellt auch nicht, was der Erwerber erlangt hat: einen Ausschnitt der Eigentumsrechte oder nur die Ausübung des Rechts des Bestellers bis zur Ausübungsschranke. Es taucht für den zweiten Fall die Frage auf, wie es möglich ist, die Ausübung als rangbesseres Recht zu übertragen. Die Beantwortung der aufgeworfenen Frage nach der ersten Alternative bedeutet einen Uebergang zu den von den Theoretikern des Rechts am Recht bekämpften Sukzessionstheorien. Im Falle der Beantwortung nach der zweiten Alternative bleibt die Theorie des Rechts am Recht die Antwort auf die für diesen Fall weiter aufgeworfene Frage schuldig.

Weiter ergibt sich aus dem Begriff der Belastung nichts darüber, ob der Besteller jenseits seiner „Ausübungsschranke" Ausübungshandlungen vornehmen darf, ob z. B. der Eigentümer einer Pfandsache neben der Unterlassungsklage des Pfandgläubigers (§§ 1227, 1004) noch dieselbe Klage hat.

Sodann hat man diesen unscharfen Begriff auf das „Recht am Recht" übertragen. Das begrenzt dingliche Recht entsteht durch Belastung des Mutterrechts. Es ist zunächst unzulässig, den Gegensatz von Eigentum und Sache, von Recht und Rechtsobjekt, auf das Recht am Recht zu übertragen, d. h. zwischen dem Recht und dem Eigentum am Recht zu unterscheiden. (so Gierke a. a. O. 690. Anm. 57.) Recht und Eigentum am Recht sind identisch. Das Recht selbst gewährt seinem Inhaber alle Befugnisse, nicht erst das Eigentum am Recht. Es ist unmöglich ein Recht, ein Gebilde in der Welt der Vorstellungen, zu objektivieren und darauf ein anderes Recht aufzubauen. Das Recht

ist eine dem Berechtigten von der Rechtsordnung gewährte Machtstellung, zu deren Ausübung ein Willensakt des Berechtigten erforderlich ist. Kipp zu Windscheid § 37. 1. 159. Hirsch, S. 51, 5, 20. Zur Ausübung des Rechts am Recht würden demnach zwei Willensakte, die des Oberberechtigten und des Grundberechtigten, erforderlich sein. Außer der Suggestion gibt es aber kein Mittel, wodurch jemand auf den Willen eines anderen einwirken kann. Sonach wäre die Ausübung eines Rechts am Recht praktisch unmöglich. Exner. S. 16. Hirsch 321, vgl. auch § 888 ZPO.

Ferner hat die Theorie des Rechts am Recht einen erheblichen praktischen Mangel, auf den Kohler, pfdr. Forsch. S. 44, hingewiesen hat. Nach der Theorie zeigt sich das Recht am Recht dauernd in seinem Bestande von dem Mutterrecht abhängig. Wie ein Untergang der Sache den Untergang des Eigentums nach sich zieht, so muß auch der Untergang des belasteten Rechts den Untergang des Tochterrechts zur Folge haben. Ist dies richtig, so bewirkt eine einfache Dereliktion des Eigentümers einer Sache den Untergang sämtlicher beschränkten Rechte oder der Verzicht des Hypothekars den Untergang der an der Hypothek bestellten Pfandrechte: eine Konsequenz, die auch von einem Vertreter des Rechts am Recht, Bremer, Pfandrecht und Pfandobjekte S. 152, gezogen worden ist. „Mit dieser Konsequenz ist aber die ganze Theorie von selbst gerichtet." Kohler, a. a. O. 45.

Um dieser letzten Konsequenz zu entgehen, nimmt Enneccerus I., § 70. 5. an, daß die Rechte an Rechten zum Teil Befugnisse enthalten, die sich auf das Recht selbst, und zum andern Teil solche, die sich auf dessen Objekt beziehen. Daß aber auch diese Modifikation die Theorie des Rechts am Recht nicht halten kann, geht ganz abgesehen davon, daß er als Objekt einer Forderung deren Schuldner bezeichnet, aus folgendem hervor: Enneccerus sagt gleich unter II. weiter: „Nicht alle Rechte haben ein bestimmtes Objekt." Daß aber auch an solchen objektlosen Rechten, z. B. dem Vorkaufsrecht (§ 514!), ein beschränkt dingliches Recht bestellt werden kann, wird von den meisten Schriftstellern angenommen.

Gegen die Theorie des Rechts am Recht: Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs, S. 11 ff., Mansbach, Nießbrauch an Forderungen, 1880, S. 1 ff., Hanauseck, Uneigtl. Nießbrauch, S. 42 ff., Bekker I, § 20, Teil II.; Kohler, Pfandr. Forsch., S. 41 ff., Regelsberger, I, § 94, Hellwig, Verpfändung und Pfändung von Forder., 1883, Hirsch, Uebertragung der Rechtsausübung, 1910.

Sukzessionstheorien.

§ 3. α. Bedingte Zession.

Eine zweite Gruppe von Schriftstellern verwendet den Begriff der Zession zur Erklärung der Entstehung der abgeleiteten Rechte aus ihren Mutterrechten. So ist für das Pfandrecht von Mühlenbruch, Zession der Forderungen 1836. S. 522 f., die Theorie von der bedingten Zession entwickelt worden. Nach ihr liegt „in der Verpfändung einer Forderung eine bedingte oder eventuelle Zession, d. h. die Befugnis, die Forderung gleichsam als Zessionar in den Fällen geltend zu machen, wo der Gläubiger sonst in die Lage kommt, seiner Sicherheit wegen von der actio hypothecaria Gebrauch machen zu müssen." (524.) Diese Theorie ist aber aufgegeben worden. Gegen sie ist einzuwenden, daß der Pfandgläubiger schon vor Eintritt der Bedingung ein vollwirksames Pfandrecht hat. Vor der Pfandreife haben Gläubiger und. Pfandgläubiger jeder die Einziehungsbefugnis (§ 1281). Weiter wird auch der Pfandgläubiger nach Eintritt der Bedingung nicht fiduziarischer Vollgläubiger, sondern bleibt Pfandgläubiger. Er kann die Forderung nach der Pfandreife nicht wirksam veräußern. §§ 1282. Gegen sie Krückmann, 349, Hirsch, 322, Hellwig S.

§ 4. β. Qualitative Teilung.

Eine zweite Theorie, die auf dem Sukzessionsgedanken beruht, ist die von Krückmann, Arch. f. civ. Praxis 103. 139 ff., zur Erklärung der Entstehung aller abgeleiteten Rechte entwickelte. Er verbindet mit dem Sukzessionsgedanken den Teilungsgedanken. Nach ihm sind die Rechte Gesamtheiten, die sich aus einzelnen Befugnissen zusammensetzen. Diese Befugnisse sind die Bestandteile der Gesamtheit. Die Gesamtheit bildet den Gegensatz zur Summe, die aus ihren Teilen gebildet wird. Geht der Gesamtheit ein Bestandteil verloren, so bleibt die Gesamtheit als solche unberührt. Der Verlust eines Teiles macht aber die Summe zu einer anderen. (Krückmann, Arch. f. civ. Prax. 101, S. 156, 164).

Ersteres bezeichnet er als qualitative, letzteres als quantitative Teilung, d. h. Spaltung und Verselbständigung einzelner Bestandteile, Befugnisse aus dem Mutterrecht. Das Mutterrecht wird durch Ausscheidung einzelner Befugnisse in seinem Bestande als Gesamtheit nicht berührt. Dennoch fehlen die ausgeschiedenen Bestandteile dem Mutterrecht. „Der Gedanke der qualitativen Teilung beruht überall

auf der Erwägung, daß das, was der eine hat, der andere nicht haben kann; was mein ist, mein sein muß und nicht dein sein kann." (103. 291.) Diese Theorie hat in weitausholender Begründung ihre Widerlegung gefunden durch Hirsch, Uebertragung der Rechtsausübung, I., 1910. Er zeigt für alle abgeleiteten Rechte, daß sie nicht durch qualitative Teilung aus dem Mutterrecht entstanden sein können. S. 202 ff. Im folgenden finden nur diejenigen Gesichtspunkte Berücksichtigung, welche dartun, daß das Pfandrecht nicht durch qualitative Teilung aus dem Eigentum entstanden sein kann. Das Pfandrecht entsteht nach Krückmann durch Ausscheidung der Verfügungsbefugnis aus dem Mutterrecht und Uebertragung auf den Erwerber. Gegen diese Auffassung spricht zunächst, daß der Verpfänder mehrere Pfandrechte an seiner Sache bestellen kann, der Verpfänder seine Verfügungsbefugnis, wenn er sie einmal übertragen hat, nicht nochmals übertragen kann. Dieser Konsequenz sucht Krückmann durch Annahme einer Anwartschaft des Verpfänders auf Rückerwerb der Verfügungsbefugnis zu entgehen. 158. Er betrachtet die Verfügungsbefugnis unter der auflösenden Bedingung der Zahlung durch den Schuldner der gesicherten Forderung übertragen. 269. Es bleibt dem Verpfänder somit eine Anwartschaft auf Rückerwerb der im ersten Pfandrecht enthaltenen Befugnisse, die er dem zweiten Pfandgläubiger übertragen kann. Dieser Konstruktion steht aber die Tatsache entgegen, daß der zweite Pfandgläubiger schon mit der Bestellung ein vollwirksames, wenn auch rangschlechteres Pfandrecht erhält. So kann der zweite Hypothekengläubiger ungehindert durch die erste Hypothek die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung beantragen. Der zweite Fahrnispfandgläubiger kann zur Zeit seiner Pfandreife das Pfand veräußern, sofern er es im Besitz hat. § 1232, Satz 2. Er braucht nicht erst den Eintritt der Bedingung seines Vormannes abzuwarten. Hirsch, 205/6.

Ferner widerstreitet dem Teilungsgedanken die Erscheinung, daß Gläubiger, Verpfänder und Pfandgläubiger eine Reihe von Befugnissen nebeneinander ausüben können. Denn die qualitative Teilung beruht immer auf dem Grundsatz, daß das, was der Erwerber hat, der Uebertragende nicht mehr haben kann. Krückmann, 291. Der Verpfänder kann aber neben dem Pfandgläubiger die Kündigungsbefugnis (§ 1283), die Einziehungsbefugnis (§ 1281), die Veräußerungsbefugnis ausüben. Der Eigentümer kann vor Pfandreife seine mit dem Pfandrecht belastete Sache veräußern. § 931 arg. e. con. § 936. Aber auch nach Pfandreife, selbst durch die Einleitung der Zwangs-

versteigerung wird der Eigentümer nicht gehindert, sie zu veräußern. ZVG. § 23, BGB. §§ 135/6, Hirsch, 171, Jäckel, § 23. Krückmann sucht diese letztere Erscheinung mit Hülfe der Bedingung zu lösen. 269. Die Verfügungsbefugnis ist auf den Erwerber „unter der auflösenden Bedingung der Zahlung" der gesicherten Forderung übertragen. Das Verhältnis von Gläubiger und Pfandgläubiger regelt sich hierbei nach § 161 BGB. „Wenn beide veräußern, wird derjenige Eigentümer, dessen Vormann sich auf den ihm günstigen Eintritt oder Ausfall der Bedingung berufen kann." Der für den Sukzessor des Pfandgläubigers günstige Eintritt der Bedingung ist die Nichtzahlung. Krückmann, 343, Abs. 3, 357. Die Zwangsversteigerung kann aber erst nach Pfandreife beantragt werden, d. h. sobald feststeht, daß der Schuldner der gesicherten Forderung seine Verpflichtungen nicht erfüllt hat. §§ 1147, 1137, 1164. Trotzdem bleibt der Eigentümer aber berechtigt, sein Grundstück zu veräußern, obwohl ihm n a ch Eintritt der Bedingung die Veräußerungsbefugnis nicht mehr zusteht. Der Eigentümer überträgt aber dem Erwerber nicht als Nichtberechtigter, sondern als Berechtigter volles Eigentum, das jedem dritten, nur dem Hypothekengläubiger gegenüber nicht wirksam ist. §§ 135/6. Hirsch 171, 208/9.

Ferner vermag die Lehre von der qualitativen Teilung keine befriedigende Lösung für die Erscheinung zu geben, daß dem Eigentümer die Eigentumsklage §§ 985 ff., dem Pfandgläubiger aber eine Klage desselben Inhalts zusteht, § 1227, die aus dem Eigentum stammt, sich also nicht mehr im Eigentum vorfinden dürfte. (Krückmann 291.) Krückmann vermeidet diese Folgerung durch den Gedanken, „daß der Eigentümer weniger sein gegenwärtiges belastetes Eigentum, als vielmehr sein künftig möglicher- oder wahrscheinlicherweise unbelastetes Eigentum schützt." (277.) „Die Teilung, die hier aber in Wirklichkeit keine Teilung ist (!), wird bewirkt durch die Rangordnung. Dieselbe Befugnis steht dem Pfandgläubiger und dem Eigentümer zu und zwar jedem ganz und nicht etwa zu einem Bruchteil, aber sie steht an erster Stelle dem Pfandgläubiger zu und nur an zweiter Stelle dem Eigentümer. Daß denkbarerweise diese Besitzbefugnis zu gleicher Zeit von beiden Teilen geltend gemacht wird, ist trotz des zeitlichen Nebeneinanders kein Beweis gegen die Teilung oder richtiger Verteilung der Befugnis auf beide Interessenten und ihre Rangordnung." Hirsch, S. 211, hat nachgewiesen, daß diese Ausführungen mit dem Teilungsgedanken in Widerspruch stehen. Krückmann selbst lehnt es

ab, die Eigentumsschutzbefugnis, die rei vindicatio, selbst als geteilt und unter die beiden Konkurrenten verteilt zu denken. „Teilung" und „Verteilung" sind trotz der gleichen Stammsilbe nicht dasselbe und demnach auch nicht gleichzusetzen. Teilung bezeichnet ein Verfahren mit einem Objekt. Der Begriff „Verteilung" setzt nur mehrere gleichartige Objekte voraus. Sie können durch Teilung oder durch Vervielfältigung entstanden sein. Daß die gleichen Befugnisse des Eigentümers und des Pfandgläubigers nicht durch Teilung entstanden sind, ergibt sich daraus, daß sie jedem ganz zustehen. Die Rangordnung ersetzt die Teilung nicht. Auch hier ist der für den Begriff der qualitativen Teilung erforderliche Substanzverlust im Eigentum (Kr. 291) nicht vorhanden. Hirsch, S. 211, vgl. Zitelmann, Arch. f. civ. Praxis 99. 22/3.

§ 5. γ. Kooptierende Zession und Eventualverpfändung.

Eine dritte Theorie ist von Hellwig, Verpfändung und Pfändung von Forderungen 1883 aufgestellt worden. Er erblickt in der Verpfändung die Begründung einer Mitgläubigerschaft. Er überträgt die Grundsätze der Abtretung einer Forderung auf den Fall, daß der Uebertragende dem Erwerber dieselbe Stellung verschafft, die er innehat, ohne sein Recht aufzugeben. (54/55.) Er nennt diese Art der Uebertragung „kooptierende Zession". Der Pfandgläubiger erlangt aber hierdurch nicht die Stellung eines neuen Vollgläubigers, sondern nur eine durch den Pfandrechtszweck beschränkte Stellung (57).

Diese beschränkte Rechtsstellung läßt er dadurch entstehen, daß er die causa, den Pfandrechtszweck, mit in die Zession aufnimmt. „Möglich ist es aber auch, die causa der Zession dergestalt in das Rechtsgeschäft aufzunehmen, daß dadurch die Wirkung desselben beschränkt wird". Daß diese Konstruktion mit unserm heutigen Recht unvereinbar ist, darauf hat schon Kuhlmann, Diss. Rost. 02, S. 42/3, hingewiesen. Die Zession ist nach heutigem Bürgerlichen Recht ein abstraktes Rechtsgeschäft, dessen Wirksamkeiit nicht von der Verwirklichung irgend eines Zweckes abhängig gemacht werden kann.

Sodann vermag diese Lehre die Entstehung aller Pfandrechte nicht einheitlich zu erklären. Sie läßt, soweit es sich um Pfandrechte an Sachen handelt, den Begriff der Belastung gelten und verwendet für die Pfandrechte an Rechten den Begriff der Zession.

Für Einheitlichkeit die meisten Schriftsteller, wie Krückmann, Hirsch, die Anhänger des „Rechts am Recht".

Abzulehnen ist auch die von Dernburg (Pfdr. 1860, 1, 236 f., 242 f., 468.) und Exner (Kritik des Pfandrechtsbegriffs 1873, 117, 133 f.) vertretene Meinung, daß in der Forderungsverpfändung eine eventuelle Verpfändung des Leistungsgegenstandes liege. Nimmt man an, daß eine Verpfändung künftiger Sachen nach BGB. zulässig ist, so ist aber für diese Verpfändung eine Individualisierung der Gegenstände zu fordern, an denen später das Pfandrecht zur Entstehung kommen soll. Es können nur species verpfändet werden. (Bestimmtheitsgrundsatz Hellwig, 22, Hirsch, 323, Kipp zu Windscheid, I., 1134). Demgegenüber ist aber zu bemerken, daß nach geltendem Recht auch eine Gattungsschuld, namentlich eine Geldschuld Gegenstand eines Pfandrechts sein kann.

§ 6. δ. Uebertragung der Rechtsausübung.

Eine letzte Theorie ist von Hirsch, Uebertragung der Rechtsausübung 1910 entwickelt worden. Er betrachtet mit der herrschenden Meinung das Pfandrecht als ein Befriedigungsrecht. Dieses Befriedigungsrecht erhält seinen Inhalt aus dem Grundrecht. Wie alle abgeleiteten Rechte entsteht es durch „Uebertragung der Ausübung" des Grundrechts. Hirsch unterscheidet zwischen Rechtsinhalt und Rechtsausübung. Rechtsinhalt ist die von der Rechtsordnung dem Rechtssubjekt erteilte Erlaubnis, sich in bestimmter Weise zu verhalten. Der Rechtsinhalt ist nur ein Gebilde der Gedankenwelt. Die Rechtsausübung dagegen ist das dieser Erlaubnis entsprechende Verhalten selbst. Es ist mit den Sinnen wahrnehmbar. „Uebertragung der Ausübung" ist nun die Macht des berechtigten Subjekts, sein Recht einer anderen Person zur Ausübung im eigenen oder fremden Namen zu überlassen. Vgl. Oetker in Buchka S. 5, Anm. 5: „Er hat das eigene Recht, ein fremdes Recht auszuüben". Der Ausüber kann sich jetzt *ebenso* verhalten wie der ursprünglich allein Berechtigte. Es wird somit die Möglichkeit, ein Recht auszuüben, auf mehrere Personen verteilt, die Rechtsausübung vervielfältigt. Die Zulässigkeit dieser Denkform ergibt sich aus der Natur des Rechts als eines Gedankengebildes. Die Rechtsordnung erteilt auch dem anderen die Erlaubnis, sich so zu verhalten, wie der Rechtsinhalt angibt. Sie gewährt ihm kraft des Uebertragungsaktes des Berechtigten dieselbe Stellung, ein Recht im weiteren Sinn. So wird z. B. dem Nießbraucher ein Recht eingeräumt, kraft

dessen er sich bezüglich der Fruchtziehung ebenso verhalten darf wie der Besteller des Nießbrauchs. Da dieser Rechtserwerb derivativ ist, ohne das Recht des Bestellers undenkbar ist, kann man von einer Uebertragung sprechen, und da diese Uebertragung eine Ausübungsbefugnis gewährt, auch von einer „Uebertragung der Ausübung" sprechen. a. A. Heinsheimer, Krit. Viertelsj. 49, S. 49.

Das Pfandrecht ist ein „echtes" Recht, das durch Uebertragung der Ausübung entstanden ist. Es gehört zu den von Hirsch als „abgeleitete Rechte" bezeichneten. Das Pfandrecht ist Willensmacht einer einzigen Person und demgemäß auch nur von dem Willen und den Schicksalen eines Rechtssubjekts abhängig. Es steht im Gegensatz zu den „Ausübungsberechtigungen", die dauernd in ihrem Bestande vom Mutterrecht abhängig sind. Das Pfandrecht dagegen zeigt eine Abhängigkeit vom Mutterrecht nur im Zeitpunkt seines Entstehens. Hirsch 212. Exner, S. 58, behauptet, daß der Begriff der Uebertragung der Ausübung des Grundrechts mit der Unabhängigkeit des Tochterrechts von den Schicksalen des Mutterrechts unvereinbar sei. Erteilt die Rechtsordnung einem anderen die Erlaubnis, sich so zu verhalten wie der Berechtigte, so kann sie auch die Unabhängigkeit dieser Erlaubnis von der des ursprünglich Berechtigten verordnen.

Da die Rechtsordnung nach der Begründung der abgeleiteten Rechte mehreren Personen gestattet, sich in bezug auf das Grundrecht in gleicher Weise zu verhalten, so stören sich möglicherweise diese mehreren Berechtigten in der Ausübung ihrer Rechte. Da die abgeleiteten Rechte unabhängig neben dem Mutterrecht stehen, so begründen sie, soweit es ihre Ausübung und Sicherung erfordert, Ausübungsschranken für das Mutterrecht. Das Grundrecht besteht in seinem abstrakten Rechtsinhalt ungeschmälert fort; nur seine Ausübung ist eingeschränkt. Daß diese Vorstellung gerechtfertigt ist, zeigt ein Vergleich mit dem Anspruch und dem Einrederecht. Auch der Anspruch besteht, ohne in seinem Rechtsinhalt durch das Gegenrecht beeinträchtigt zu sein, fort. Er wird nur in seiner Ausübung durch das Einrederecht — genauer dessen Ausübung — beschränkt. Dies zeigt, „daß nicht nur das zur Regulierung der Rechtsausübung eigentlich berufene Recht die Rechtsausübung regelt, sondern daß auch andere Rechte auf die Rechtsausübung Einfluß haben". Hirsch 33, ebenso Heinsheimer, Krit. Viertelj. 49. Im Falle der Kollision mehrerer Rechte — wie in diesen Fällen — regelt die Rangordnung ihre Ausübung. Hirsch 33 f. Diese Ausübungsschranken reichen nur soweit, als es die Ausübung und

Sicherheit des abgeleiteten Rechts, z. B. des Pfandrechts, erfordert.

Es ist bestritten worden, daß die Veräußerungsbefugnis des Pfandgläubigers aus der des Eigentümers stammt. (Heinsheimer, Krit. Viertelj. 49, S. 463 f.) Die Eigentümerveräußerung sei „Eigentumsübertragungsakt", die Pfandveräußerung sei „Wertliquidationsakt". Wertliquidation sei sie deswegen, weil die Hypotheken und Pfandrechte durch die Veräußerung erlöschen. Aus diesem Unterschied beider Veräußerungsarten ergebe sich, daß die Pfandveräußerungsbefugnis nicht aus der entsprechenden Befugnis des Eigentümers hervorgegangen sei. Dafür, daß doch die Veräußerungsbefugnis aus dem Mutterrecht stammt, spricht zunächst, daß der Pfandgläubiger, wenn der Verpfänder kein Eigentum an der Pfandsache hat, grundsätzlich auch kein Pfandrecht erwirbt. Sodann läßt sich das rangschlechtere Recht, das Eigentum, nicht mit dem rangbesseren Rechte, dem Pfandrechte, vergleichen. Der Pfandgläubiger kann wie das Eigentum selbst, so auch die ihm nachgeordneten Pfandrechte zu Fall bringen. vgl. § 91 ZVG. Wenn im Fahrnisrecht auch der rangschlechtere Pfandgläubiger die Möglichkeit hat, die vorgehenden Pfänder durch Pfandverkauf aufzuheben, so ist dies eine vom Gesetz im Interesse des Erwerbers verordnete Ausnahme von der Rangordnung. Gewöhnlich befindet sich der Rangbeste im Besitze des Pfandes. Wird aber als seltene Ausnahme einmal das Pfand von einem nachstehenden Pfandgläubiger veräußert, so soll der Fahrnisverkehr nicht mit unsichtbaren Pfandrechten belästigt werden. Der vorgehende Pfandgläubiger wird dadurch geschützt, daß sich das Pfandrecht an dem Erlöse fortsetzt. Die Veräußerungsbefugnis des Pfandgläubigers ist aber aus der des Eigentümers entstanden, denn ohne das Eigentum konnte sie nicht entstehen. Ebenso die Schriftsteller der verschiedenen Sukzessionstheorien, wie Exner, Krückmann § 5, S. 251, Kohler, Pfandr. Forschungen, von den Schriftstellern des Rechts am Recht z. B. Enneccerus-Wolff III., § 176, I. und § 120, I.

Auch das Vorkaufsrecht entsteht durch Uebertragung der Ausübung. a. A. Heinsheimer, Krit. Viertelj. 49, S. 470. Das Eigentum ist nicht allein „das Haben einer Sache", sondern enthält auch die Macht sich ihrer zu entäußern, bezw. sie zu veräußern, wie Hirsch, I., S. 230 f., gegen Thon nachgewiesen hat. Das Vorkaufsrecht enthält nun die Macht, durch eine Erklärung zu bewirken, daß der Eigentümer von seiner Veräußerungsbefugnis Gebrauch macht. Er vermag zwar nicht

selbst die Veräußerung vorzunehmen, sondern er hat nur die schwächere Stellung, die Ausübung der Veräußerungsbefugnis durch den Eigentümer zu bewirken.

c. § 7. Die beim Hypothekenpfandrecht beteiligten Personen.

Bei der Verpfändung einer Forderung, für die eine Hypothek bestellt ist, kommen im Normalfall rechtlich 5 Personen in Betracht: Als erster der Schuldner der gesicherten Forderung, als zweiter der Gläubiger dieser Forderung, d. i. der Pfandgläubiger, als dritter der Gläubiger und gleichzeitiger Hypothekar der verpfändeten Forderung, als vierter der Schuldner dieser Forderung und als fünfter der Eigentümer des verhafteten Grundstücks. Hiervon fallen im Leben gewöhnlich je 2 Rollen zusammen, die des Schuldners der gesicherten Forderung und des Gläubigers (Hypothekars) der verpfändeten Forderung und zweitens die Rolle des Eigentümers und des Schuldners der verpfändeten Forderung. Rechtlich sind aber die Rollen dieser Personen scharf auseinanderzuhalten.

Weitere Verwickelungen ergeben sich dann, wenn der Verpfänder der Hypothek kein Hypothekar oder wenn der Hypothekenbesteller nicht Eigentümer des verhafteten Grundstücks war.

Die weitere Darstellung gliedert sich nach der Fälligkeit der gesicherten Forderung. Die Rechte des Pfandgläubigers im Stadium der Unreife des Pfandes haben einen von denen im Stadium der Reife verschiedenen Inhalt. Während sich bis zur Fälligkeit der Forderung des Pfandgläubigers sein Interesse nur auf Sicherung seiner Forderung und des Pfandes richtet, geht das Interesse nach Pfandreife auf Befriedigung.

II. Teil.

I. Das pfandrechtliche Verhältnis vor Pfandreife.

A. Die verpfändete Forderung ist noch nicht fällig.

§ 8. Das Verhältnis hinsichtlich der Forderung.

Aus der verpfändeten Forderung ergeben sich bis zur Fälligkeit keine besonderen Rechte für den Gläubiger außer etwaiger Einziehung und somit auch nicht für den Pfandgläubiger. Aus der Pfandbestellung folgen aber wichtige Ausübungsschranken für den Inhaber der verpfändeten Forderung. Soweit das Sicherungsinteresse des

Pfandgläubigers reicht, kann der Hypothekar keine Verfügungen über seine Forderungen vornehmen. § 1276. Er kann die Forderung nicht erlassen, nicht stunden und ist auch zur Herabsetzung des Zinsfußes nicht berechtigt. § 1289. Zu allen diesen Rechtsgeschäften bedarf es der Zustimmung des Pfandgläubigers (§ 1276); andernfalls sind sie absolut nichtig, da die Zustimmung vom Gesetz zum Tatbestandsmoment dieser Geschäfte gemacht ist.

Hiernach kann der Hypothekar auch nicht ohne Zustimmung des Pfandgläubigers eine Schuldübernahme, insbesondere die Schuldübernahme durch den Erwerber des verhafteten Grundstücks genehmigen (§§ 1276, Abs. 2, 416, 415). Wie der Hypothekar sich gegenüber seinem Schuldner, dem Veräußerer des Grundstücks, nach § 416 verschweigen kann, so kann sich auch der Pfandgläubiger auf die Mitteilung des Hypothekars hin innerhalb der sechsmonatigen Frist diesem gegenüber verschweigen. Von diesem Zeitpunkt ab hat es dann der Hypothekar allein in der Hand, die Schuldübernahme zu genehmigen oder zu verweigern. Der dem § 416 zugrundeliegende Gedanke, daß die persönliche Sicherheit gegenüber der dinglichen von geringerer Bedeutung ist, beansprucht auch seine Gültigkeit für das Verhältnis von Hypothekar zum Pfandgläubiger. Für die Mitteilung des Schuldners, des Veräußerers des Grundstücks, gemäß § 416, stehen diesem im Falle der Verpfändung der Hypothek zwei Wege offen. Einmal kann er die Mitteilung nur an den Hypothekar richten. Aber damit dieser genehmigen oder — was dem gleichsteht — die Frist von 6 Monaten verstreichen lassen kann, bedarf es der Zustimmung des Pfandgläubigers. Damit hiernach die Mitteilung an den Hypothekar die im § 416 bestimmte Wirkung hat, ist in diesem Fall noch eine Mitteilung des Hypothekars an den Pfandgläubiger nötig. Erst wenn auch dieser nach Empfang der Mitteilung sechs Monate hat verstreichen lassen, hat die Verschweigung des Hypothekars die im § 416 bestimmte Wirkung, nämlich die, daß seine Genehmigung nebst der nach § 1276 II. erforderlichen Zustimmung des Pfandgläubigers als erteilt *gilt*. Der zweite Weg ist der, daß der Schuldner, Veräußerer, die Mitteilung sowohl an den Hypothekar wie an den Pfandgläubiger richtet. Ein Indiz für die Möglichkeit der Mitteilung des Schuldners an den Pfandgläubiger ergibt sich aus § 1275, wonach er den Pfandgläubiger wie einen Vollzessionar behandeln kann. Damit diese doppelte Mitteilung die Wirkung des § 416 hat, müssen Hypothekar wie Pfandgläubiger die Frist von 6 Monaten verstreichen lassen. Verweigert

der Pfandgläubiger seine Zustimmung nur dem Hypothekar gegenüber, so hat diese Weigerung auf die Wirkung des § 416 keinen Einfluß, wenn nicht der Hypothekar diese Weigerung dem Schuldner mitteilt. Wahrt einer von beiden die für ihn möglicherweise besonders laufende Frist, so ist die Schuldübernahme nicht zustandegekommen. Der Pfandgläubiger wahrt die Frist in seinem Interesse am besten durch Erklärung an den Schuldner (§ 182, I.).

Hat der Schuldner, der Veräußerer des Grundstücks, von der Verpfändung der Hypothek keine Kenntnis, so wird der Schuldner, wenn er die Schuldübernahme nur dem Hypothekar anzeigt, in seinem guten Glauben durch die §§ 1275, 407 geschützt. Die Genehmigung des Hypothekars, bezw. das als Genehmigung geltende halbjährige Stillschweigen gehört zu den Rechtsgeschäften im Sinne des § 407, I. (RG. 67, 414/5). Genehmigt der Hypothekar oder läßt er die Frist von sechs Monaten verstreichen, ohne daß der Schuldner Kenntnis von der Verpfändung hatte oder während der sechs Monate erhält (vgl. RG. 67, 415), so muß der Pfandgläubiger die Schuldübernahme gegen sich gelten lassen. Zu einer Einsicht des Grundbuchs ist der Schuldner nicht verpflichtet. (RG. a. a. O. und § 12 d. A.) In diesen Fällen hat der Hypothekar entgegen dem § 1276 die Macht, ohne Mitwirkung des Pfandgläubigers über die verpfändete Forderung zu verfügen. Aus diesem Grunde trifft ihn die Pflicht, die an ihn gerichtete Mitteilung an den Pfandgläubiger weiterzugeben. Verabsäumt er diese Verpflichtung, so macht er sich dem Pfandgläubiger gegenüber schadensersatzpflichtig. Um sich einer solchen eventuellen Schadensersatzpflicht zu entziehen, empfiehlt es sich in jedem Falle für den Hypothekar, den Pfandgläubiger von der an ihn ergangenen Mitteilung in Kenntnis zu setzen, auch wenn dieses schon der Schuldner besorgt oder in seiner Mitteilung in Aussicht gestellt haben sollte. Denn der Hypothekar bedarf zu einer Genehmigung der Schuldübernahme bezw. zum Verstreichenlassen der Frist der Zustimmung des Pfandgläubigers, er muß letztere einholen und ist deswegen für die Tatsache, daß der Pfandgläubiger von der Schuldübernahme durch den Veräußerer in Kenntnis gesetzt war, beweispflichtig.

§ 9. Das Verhältnis hinsichtlich der Hypothek.

Vor Fälligkeit der verpfändeten Forderung stehen dem Hypothekar unter gewissen Voraussetzungen, im Falle der Verschlechterung und der drohenden Verschlechterung des Grundstücks, Rechte gegen

den Eigentümer oder Dritte zu. §§ 1133, 1134. Nach dem Grundsatz, daß der Pfandgläubiger alle Rechtshandlungen vornehmen kann, welche seine zukünftige Befriedigung auch nur im entferntesten vorbereiten (Hirsch 324), kann er auch diese Rechte des Hypothekars im eigenen Namen geltend machen. Nach § 1134 kann er wie auch der Hypothekar dem Eigentümer eine Frist zur Beseitigung setzen. Nach Ablauf der Frist kann er die Befriedigung nach § 1147 durch Klage gegen den Eigentümer und Zwangsvollstreckung in das Grundstück suchen. Eine Analogie zur Regelung des Kündigungsrechts (§ 1286), wonach eine Klage des Pfandgläubigers gegen den Hypothekar und eine Vollstreckung durch Ordnungsstrafen (§ 888 ZPO. und Staud. § 1286, 16) erforderlich wäre, kann nicht gezogen werden. Hier tritt eine vorzeitige „Fälligkeit" (§ 1133) nicht infolge einer Handlung des Pfandgläubigers, einer Kündigung, ein, sondern die Untätigkeit des Eigentümers ist hierfür kausal. Es liegt ebenso wie beim Antrag auf Konkurseröffnung, der seine Grundlage in der Lage des Schuldners hat. Die Ansprüche des § 1134 im Hypothekenrecht entsprechen den Ansprüchen aus den §§ 1227, 1004 des Fahrnispfandrechts. Die Rechte der §§ 1133, 1134 können vom Hypothekar, wie vom Pfandgläubiger einzeln ausgeübt werden, denn das Pfandrecht erzeugt in diesen Punkten keine Ausübungsschranken.

Vor Pfandreife kann der Pfandgläubiger in den Fällen der §§ 1133 und 1135 nach Klage gegen den Eigentümer (§ 1147) zur Zwangsvollstreckung, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, schreiten. Unter denselben Voraussetzungen kann er auch die der Hypothek haftenden Gegenstände (§§ 1120, 1123, 1127) mit Ausnahme des Zubehörs im Wege der Mobiliarvollstreckung beschlagnahmen, § 865 ZPO., Abs. 2, vor Pfandreife allerdings nur nach Maßgabe des § 1281. Soweit die Mobiliarvollstreckung zulässig ist, kann der Pfandgläubiger auch ohne vorhergehende Klage gegen den Eigentümer im Wege des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung beschlagnahmen. Staud. § 1121, Ia., § 1147, V., B 2, C. Sodann kann der Pfandgläubiger jeder Mobiliarvollstreckung in Zubehörstücke nach Maßgabe des § 766 ZPO. durch Erinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung widersprechen. Staud. § 1120, II., B 2, C. Ebenso ist ihm mit dem Reichsgericht (55, 208) (69, 93) in diesem Fall auch die Widerspruchsklage des § 771 ZPO. zu gewähren, weil der Pfandgläubiger auch ein die Veräußerung hinderndes Recht hat. RG. 55, 208/9. Die beiden letzten Rechtsbehelfe, Erinnerung und Widerspruchsklage,

können Hypothekar und Pfandgläubiger einzeln ohne Rücksicht auf § 1281 geltend machen. Beschlagnahmen können aber Hypothekar wie Pfandgläubiger jeder nur nach Maßgabe des § 1281.

B. Fälligkeit der Hypothekenforderung.

§ 10. Geltendmachung der verpfändeten Rechte.

Grundsätzlich kann vor Pfandreife (1282, I.) sowohl der Pfandgläubiger wie der Hypothekar die verpfändete Forderung geltend machen: also mahnen, Klage erheben und Zwangsvollstreckung betreiben. Aber der Anspruch auf Zahlung gegen den Schuldner kann immer nur auf Zahlung gemeinschaftlich an den Pfandgläubiger gerichtet werden, § 1281. Jeder von beiden hat gegen den anderen einen obligatorischen Anspruch darauf, daß er bei der Empfangnahme der Leistung mitwirke. § 1285, Abs. 1. Der Schuldner kann bei Gefahr der Doppelzahlung nur an beide gemeinschaftlich leisten. Da eine Hypothekenforderung nach § 1274 ohne Anzeige an den Schuldner (§ 1280) verpfändet werden kann, greifen für den Schuldner besondere Schutzvorschriften ein. Aus § 1275 folgt, daß die Vorschriften Anwendung finden, welche für das Rechtsverhältnis zwischen dem Zessionar einer Hypothekenforderung und derem Schuldner gelten. Für dieses Rechtsverhältnis gelten, da es sich um die Uebertragung einer Forderung handelt, die allgemeinen Sätze, soweit sie nicht durch besondere Normen des Hypothekenrechts ausgeschlossen werden. Hier kommen die Vorschriften der §§ 406—408 in Frage. Ihre Anwendung auf das Verhältnis vom Zessionar zum Hypothekenschuldner wird durch besondere Sätze des Hypothekenrechts nicht ausgeschlossen. Der § 1156 verbietet ihre Anwendung nur im Verhältnis vom Zessionar der Hypothekenforderung zum Eigentümer des verhafteten Grundstücks. Nach diesen Vorschriften muß der Schuldner sichere Kenntnis von der Verpfändung haben, wenn andernfalls er nicht durch eine Zahlung an den Hypothekar befreit werden soll. Sichere Kenntnis erlangt der Schuldner durch eine Anzeige des Hypothekars von der Verpfändung gemäß § 409 oder für den Fall, daß Schuldner und Eigentümer ein und dieselbe Person sind, durch eine Mitteilung des Grundbuchamts von der Verpfändung gemäß § 55 GBO. Eine Pflicht des Schuldners vor jeder Zahlung erst das Grundbuch einzuschauen, ist aus diesen Bestimmungen nicht abzuleiten. RG. 61, 245; 60, 33; 67, 412 Böhmer, S. 220. Der Nachweis der Kenntnis ist von dem Pfandgläubiger zu führen. Es genügt nach § 130 — unter analoger

Anwendung auf die Mitteilungen — der Nachweis des Eingangs der Anzeige in den Machtbereich des Schuldners. Dasselbe gilt auch für den Fall der Briefhypothek. Zahlt der Schuldner ohne sichere Kenntnis von der Verpfändung an den Hypothekar, so wird er befreit. Er braucht sich den Brief nicht aushändigen oder vorlegen zu lassen. Er braucht auch nicht neben einer Quittung auf die Rückgabe der Schuldurkunde zu dringen (§ 371), um dem Pfandgläubiger gegenüber befreit zu werden. Verlangt der Schuldner die Aushändigung des Hypothekenbriefes, wie es praktisch meistens der Fall sein wird und wozu sich die Berechtigung aus § 1164 ergibt, so werden durch dieses Verlangen zwei Interessen besser geschützt. Ist die Hypothekenforderung verpfändet, so wird der Hypothekar zur Herausgabe des Briefes meist nicht imstande sein, der Schuldner aus diesem Grunde die Zahlung ablehnen. Befindet sich aber der Hypothekar im Besitze des Briefes, so wird gemäß §§ 1278, 1253 die Rückgabe des Briefes vom Pfandgläubiger an den Hypothekar vermutet. Ist der Brief zurückgegeben, so wird der Schuldner ohne Rücksicht auf seine Kenntnis, ohne Rücksicht auf einen etwaigen Verpfändungsvermerk auf dem Brief durch die Zahlung an den Hypothekar befreit. Der § 1278 in Verbindung mit § 1253 verordnet für den Fall der Rückgabe den Untergang des Pfandrechts an der Hypothek sowohl wie an der Forderung, denn Forderung wie Hypothek (§ 1153, II.) können auf einen anderen nur übertragen werden, falls die Uebergabe des Briefes zum Uebertragungsgeschäft hinzutritt (1154, I.). Auf diesen Untergang des Pfandrechts kann sich jeder Dritte berufen.

Wirkt ein Teil, Hypothekar oder Pfandgläubiger, zur Empfangnahme der Leistung nicht mit (§ 1281), so ist der Schuldner nach § 372 zur Hinterlegung für beide zusammen berechtigt, da er aus einem in der Person des Gläubigers liegenden Grunde nicht leisten kann. Das Verhältnis von Pfandgläubiger und Hypothekar vor Pfandreife ist als ein Forderungsverhältnis zur gesamten Hand (analog § 432, Abs. 1) aufzufassen. (Kuhlmann, Diss. 02, Rost. S. 11.)

§ 11. Das Recht zur Kündigung.

Trotz der Verpfändung bleibt der Hypothekar grundsätzlich zur Kündigung berechtigt. § 1283, I. Dem Pfandgläubiger steht in Ausnahme von § 1281 vor Pfandreife ein Kündigungsrecht nicht zu. arg. e cont. § 1283, III. Dies ist eine logische Folge der Cäsur der Pfandrechtssätze nach dem Interesse vor und nach Pfandreife. Für

den Fall einer Buchhypothek bei Auseinanderfall von Schuldner und Eigentümer kann der Hypothekar gemäß § 1283, I. kündigen. Es bedarf dazu einer Kündigung an den Schuldner wie einer „Kündigung" an den Eigentümer (§ 1141, I.), um die Kündigung der Forderung auch der Hypothek gegenüber Wirkung zu verschaffen. Fallen Schuldner und Eigentümer zusammen, so genügt die Kündigung an den Schuldner, um dieselbe Tragweite zu haben. Im Fall einer Briefhypothek mit Auseinanderfall von Schuldner und Eigentümer kann der Hypothekar die Forderung wirksam kündigen. arg. c cont. § 1161. Dagegen vermag er die Hypothek, da er sich nicht im Besitze des Briefes befindet, dann nicht zu kündigen (§ 1141, I.), wenn der Eigentümer die Kündigung aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. § 1160, Abs. II. Da der Hypothekar in diesem Fall zur Kündigung gemäß § 1283, I., berechtigt, an ihrer Ausübung aber rechtlich verhindert ist, so ist der Pfandgläubiger in analoger Anwendung des § 1286, Satz 2, jedoch ohne die Voraussetzung der Gefährdung bei der Kündigung mitzuwirken verpflichtet (jedoch unter Wahrung des § 1278: der Rückgabe). Sind Schuldner und Eigentümer ein und dieselbe Person, so gelten die in Ansehung der Hypothek entwickelten Grundsätze auch für die Forderung. § 1161.

Der Pfandgläubiger ist selbständig zu einer Kündigung vor Pfandreife nicht berechtigt (arg. 1283, 1286). Dieser Satz hat auch Wirkung gegen den Schuldner der verpfändeten Forderung und gegen den Eigentümer, so daß sie zur Prüfung der Pfandreife (§ 1283, III.) bei Vermeidung der Doppelzahlung „verpflichtet" sind. Die Kündigung des Pfandgläubigers vor Pfandreife ist unwirksam. Staud. § 1283, Ia α. Tritt die Fälligkeit der verpfändeten Forderung aus einem anderen Grunde vor Pfandreiife ein, z. B. Fristablauf, Konkurseröffnung KO. § 65, so hat der Pfandgläubiger die sich aus § 1281 ergebenden Rechte und ist auch zum Antrag auf Zwangsversteigerung des Grundstücks nach § 1281 zur gemeinschaftlichen Auszahlung an beide legitimiert. vgl. § 16, § 24 d. A. Der Hypothekar ist gemäß §§ 1283, I., 1281, auch zum Antrag auf Zwangsversteigerung berechtigt. Der Eigentümer kann aber in der Hypothekenklage (§ 1147) von dem Widerspruchsrecht des § 1160, Abs. 1, Gebrauch machen. Deswegen muß sich der Hypothekar zuerst versichern, daß der Pfandgläubiger in dieser Klage den Brief vorlegt, wozu er wie bei der Kündigung verpflichtet ist (analog § 1286, Satz 2).

Kann der Pfandgläubiger die Nutzungen der verpfändeten For-

derung ziehen, so bedarf es zur Kündigung des Hypothekars der Zustimmung des Pfandgläubigers. Kündigt der Buchhypothekar, so wird dem Eigentümer auch in diesem Fall ein Widerspruchsrecht gegen die Kündigung gewährt, wenn nicht der Hypothekar die Zustimmung des Pfandgläubigers in schriftlicher Form vorlegt. §§ 182, 111, Satz 2. Planck, § 1283. Im Fall der Briefhypothek erweitert sich das Widerspruchsrecht des Eigentümers (§ 1160) um diese Urkunde.

Eine Kündigung des Schuldners oder des Eigentümers im Stadium der Unreife des Pfandes ist nur wirksam, wenn sie sowohl dem Pfandgläubiger wie dem Hypothekar erklärt wird. Im Fall der Nichtkenntnis der Verpfändung kommt dem Schuldner der § 407, dem Eigentümer der § 1156, Satz 2, zugute. Zum Unterschiede vom Schuldner liegt dem Eigentümer die Pflicht ob, vor der Kündigung das Grundbuch einzusehen.

Der Pfandgläubiger kann vor Pfandreife nicht selbständig kündigen. Er kann aber nach § 1286, wenn die Einziehung der Forderung wegen Gefährdung ihrer Sicherheit nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft geboten ist, von dem Gläubiger die Kündigung verlangen. Bei Weigerung wird der Pfandgläubiger gemäß § 283 BGB. und § 255 ZPO. dem Hypothekar eine Frist bestimmen und Klage erheben, die darauf zu richten ist, daß der Beklagte dem Schuldner wie dem Eigentümer (§ 1141, I.) kündige. Die Zwangsvollstreckung erfolgt nach § 888 ZPO. durch Androhung von Ordnungsstrafen. § 894 ZPO., der bestimmt, daß mit Rechtskraft des Urteils die Willenserklärung als abgegeben gilt, kann keine Anwendung finden, da hier nicht eine von der einen Prozeßpartei der anderen gegenüber abzugebende Willenserklärung vorliegt. Staud. § 1286, 1b. Turnau-Förster, Biermann, § 1286, a. A. Planck 1 zu § 1286. Daß durch die §§ 1133, 1135 der Pfandgläubiger weitergehende Rechte erlangt, ist schon gezeigt worden.

Die eingezogene Summe oder der aus dem Grundstück zur Hebung gelangte Erlös fällt in das Eigentum des Hypothekars; der Pfandgläubiger erwirbt ein Pfandrecht daran, § 1287. Da vor Pfandreife Hypothekar und Pfandgläubiger nur gemeinschaftlich zur Empfangnahme der Leistung berechtigt sind, so können sie auch nur zusammen Quittung oder Löschungsbewilligung erteilen. vgl. Biermann, § 1282, 1a. Die Kostenfrage regelt sich nach § 369, II. Die Rechtsverhältnisse an der eingezogenen Summe richten sich bis zur Pfandreife nach dem § 1288.

II. Das pfandrechtliche Verhältnis nach Pfandreife.

A. Die verpfändete Forderung ist fällig.

1. Das pfandrechtliche Verhältnis bezüglich der Forderung.

a) Einziehungsrecht des Pfandgläubigers

§ 12. α. Voraussetzungen, Prüfung und Einreden.

Sobald die gesicherte Forderung fällig geworden ist und sich evtl in eine Geldforderung umgewandelt hat (z. B. nach §§ 250, 283, 286, II., 325, 326), so ist der Pfandgläubiger zur Einziehung der verpfändeten Forderung berechtigt. § 1282, I. Er kann jetzt den Schuldner mahnen, gegen ihn Klage erheben und Zwangsvollstreckung herbeiführen, ohne auf eine Mitwirkung des Hypothekars angewiesen zu sein. Im Fall einer Klage gegen den „verpfändeten Schuldner" hat der Pfandgläubiger erforderlichenfalls die Voraussetzungen des Einziehungsrechts zu beweisen. Dazu hat er darzutun Bestand und Fälligkeit der verpfändeten Forderung, Bestand seiner gesicherten Forderung, deren Fälligkeit, deren Umwandlung in eine Geldforderung und den Bestand seines Pfandrechts. RG. 49, S. 8 und 367. Böhmer, 210. Da der Pfandgläubiger gegen den Schuldner klagt, so kann er sich im Bestreitungsfalle zum Beweise dafür, daß die Hypothekenforderung entstanden ist, z. B. die Darlehnsvaluta gezahlt worden ist, nicht auf die Vermutung des § 1138 (§ 891) berufen. Diese Vermutung gilt nur hinsichtlich der Hypothek. Soweit der Bestand der Hypothek voraussetzt, daß die Forderung entstanden ist, wird ihr Bestehen vermutet. Der Pfandgläubiger ist in diesem Falle nicht besser gestellt als jeder Forderungsgläubiger. Dem Schuldner der verpfändeten Forderung bleibt es vorbehalten, im Falle freiwilliger Leistung alle Voraussetzungen des Einziehungsrechts des Pfandgläubigers zu prüfen. Nach § 1275 gelten aber, wie oben schon ausgeführt, für den Schuldner die Schutzvorschriften, welche im Falle einer Uebertragung der Forderung vom BGB. aufgestellt sind. Staud. § 1282, II b. Cosack, Beiträge zum Sachenrecht, S. 82. Böhmer, VII. Namentlich kann zum Schutze des Schuldners der § 409 herangezogen werden, dessen Anwendbarkeit durch die Vorschriften des Hypothekenrechts nicht ausge-

schlossen wird. Böhmer, a. a. O. Bei weitherziger Auslegung kann er namentlich dann Anwendung finden, wenn Schuldner und Eigentümer dieselbe Person sind. Hier tritt an die Stelle der privatschriftlichen Anzeige des Gläubigers, Hypothekars, von der Verpfändung die Anzeige des Grundbuchamts an den Eigentümer über die Verpfändung. § 55 GBO. Auf diese Weise wird erreicht, daß der Hypothekar im Falle einer nichtigen Verpfändung ebenso wie hinsichtlich der Hypothek auch die Zahlung des persönlichen Schuldners an den Pseudopfandgläubiger gegen sich gelten lassen muß. Böhmer, VII., VIII., S. 226 ff. Bei einer Briefhypothek tritt an die Stelle der Anzeige die Vorlage der privatschriftlichen bezw. öffentlich beglaubigten Verpfändungserklärung. § 409, I., Satz 2. Auf diese Weise wird eine Spaltung der Verhältnisse bezüglich der Forderung und der Hypothek möglichst vermieden. Durch die Anzeige von der Verpfändung der Forderung, bezw. durch die grundbuchamtliche Mitteilung übernimmt der Verpfänder, der Hypothekar, zu gleicher Zeit auch die Gefahr für den Bestand der gesicherten Forderung, so daß der Schuldner dieser Prüfungspflicht überhoben ist. Unter Umständen kann sich der Schuldner seiner schwierigen Prüfungspflicht durch Hinterlegung (§ 372) entziehen. Neumann § 1282. Bem. 2.

Hinsichtlich der Einreden, die dem Schuldner gegen den Pfandgläubiger zustehen, ist zu beachten, daß sich das Verhältnis des Schuldners zum Hypothekar wie dessen Rechtsnachfolgern ausschließlich nach Schuldrecht richtet. Die Schutzvorschriften, welche für den Hypothekengläubiger und dessen Nachfolger aufgestellt sind, haben lediglich Gültigkeit für das dingliche Recht. vgl. § 1138 „für die Hypothek", § 892 „Recht an einem Grundstück". Der Schuldner, auch wenn er der Eigentümer des Grundstücks ist, kann sich auf die §§ 404 ff. BGB. berufen. So kann der Schuldner ohne Rücksicht auf eine Eintragung (§ 1138) dem neuen Pfandgläubiger die vor der Bestellung des Pfandrechts begründeten Einreden gegen den Hypothekar entgegenstellen. § 401. Weiter vermag der Schuldner mit einer Forderung gegen den neuen Pfandgläubiger aufzurechnen, auch wenn er sie erst nach Pfandbestellung erworben hat, es sei denn, daß er bei dem Erwerbe Kenntnis von der Pfandbestellung hatte, § 406. Für die Ausnahme kommt es auf die positive Kenntnis des Schuldners an. Die Eintragung der Pfandbestellung ersetzt die Kenntnis nicht. Das Gesetz bürdet dem Schuldner, auch dem Hypothekenschuldner, nicht die Last auf, vor jeder Rechtshandlung erst das Grundbuch einzusehen. Sind aber

Schuldner und Eigentümer dieselbe Person, so erlangt der Schuldner sichere Kenntnis von der Verpfändung durch die nach § 55 GBO. erforderliche grundbuchamtliche Bekanntmachung. vgl. RG. 67, 414.

Ebenso kann der Schuldner dem Pfandgläubiger solche Einreden entgegenstellen, welche er aus einem nach der Verpfändung mit dem Hypothekar abgeschlossenem Rechtsgeschäfte herleitet, sofern er nur von der Pfandbestellung keine Kenntnis hatte. § 407. Für die Erlangung der Kenntnis gilt dasselbe wie oben. Auch der § 408 findet auf das Rechtsverhältnis von Schuldner zum Pfandgläubiger Anwendung. Darnach wird der Hypothekenschuldner durch eine Leistung an den neuen Hypothekar oder den zweiten Pfandgläubiger (§§ 1274, 1154, 931. Fischer, S. 287. Rost, Württ. Zeitsch. 52 S., 134) befreit, wenn ihm die Verpfändung, bezw. Erstverpfändung bei der Leistung unbekannt war. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um eine Buch- oder Briefhypothek handelt. Der neue Hypothekar, bezw. zweite Pfandgläubiger wird sich regelmäßig bei einer Briefhypothek nicht im Besitze des Briefes und der Urkunden des § 1155 befinden und deswegen auch nicht dem zahlenden Schuldner aushändigen können. Damit der § 408 Anwendung finden kann, braucht der Schuldner nicht die Rückgabe des Briefes und der Urkunden zu verlangen (vgl. S. 23 d. A.) Die Schuldurkunde, der Schuldschein, hat keinen wertpapierrechtlichen Charakter. Die Geltendmachung und die Uebertragung einer Forderung, über die ein Schuldschein ausgestellt ist, sind nicht an den Besitz dieser Urkunde geknüpft. Diese dient nur Beweiszwecken. Daher knüpft der Schutz des guten Glaubens nicht an den Besitz an, d. h. der Schuldner darf seinen Gläubiger nur dann als Gläubiger behandeln, wenn er im Besitze der Urkunde ist, vielmehr umgekehrt wird der gute Glaube des Schuldners nur durch sichere Kenntnis von der Uebertragung, durch Anzeige, oder Vorlage der Zessionsurkunde, zerstört. Ebenso kommt lediglich die Kenntnis zum Schutze des Schuldners in Frage für ein Rechtsgeschäft, das der Schuldner mit dem Neuhypothekar oder dem Zweitpfandgläubiger abschließt. Ein solches Rechtsgeschäft muß der Erstpfandgläubiger gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Schuldner sichere Kenntnis von der Erstverpfändung hatte. §§ 408, 407. Für die Erlangung sicherer Kenntnis gilt dasselbe, wie S. 27 ausgeführt. Um dem Hypothekenschuldner alle diese Einwendungen und Einreden abzuschneiden, bedarf es einer Anzeige an ihn oder der Vorlage der Zessions-, bezw. Verpfändungsurkunde gemäß § 409.

§ 13. 3. Ausübung des Einziehungsrechts, mit der Einziehung verbundene Pflichten, Wirkung der Einziehung.

Das dem Pfandgläubiger in § 1282 gegebene Einzugsrecht ist Ausfluß des Pfandrechts und von diesem abhängig. Staud. § 1282, IIc. Die Ausübung des Einzugsrechts ist aber die Ausübung eines eigenen Rechts, abgeleiteten Rechts, nicht die Ausübung des Mutterrechts. Staud. § 1282, IIc. Hirsch, S. 333. Schefold, Archiv f. civ. Praxis, 91. 269 f. Der Pfandgläubiger ist daher in einem Prozeß gegen den Hypothekenschuldner Partei (Seuffert 1 vor § 50), nicht Vertreter des Hypothekars. Er hat daher den Parteieid zu leisten. Der Hypothekar kann als Zeuge in dem Prozeß vernommen werden.

Die Einziehung von Geldforderungen steht dem Pfandgläubiger nur insoweit zu, als sie zu seiner Befriedigung erforderlich ist. In diesem Satze ist der Begriff der Einziehung enger auszulegen als im Satz 1 des § 1282. Der Begriff der Einziehung umfaßt die Annahme der Leistung als Erfüllung und jede diese Handlung vorbereitende Rechtshandlung. Im Satz 2 ist aber die Einziehung nur als Annahme der Leistung als Erfüllung aufzufassen. Die weitergehende Meinung würde zu unbefriedigenden Ergebnissen gelangen. Ist die verpfändete Forderung noch nicht fällig, so würde der Pfandgläubiger nach der letzten Auffassung nur bis zu dem Betrage seiner gesicherten Forderung kündigen können. Sodann würde diese Regelung dem Satze widersprechen, daß dem Pfandgläubiger die ganze Forderung verhaftet ist, vgl. Burlage ZZP. 23, 255/6, welcher die ähnliche Rechtslage bei der Pfändung von Forderungen im Anschluß an § 803, I. 2 ZPO. betrachtet, Kohler ZZP. 10, 208. Demnach ist hier unter Einziehung nur die Annahme der Leistung als Erfüllung verstanden. Alle vorbereitenden Handlungen kann der Pfandgläubiger bis zum Vollbetrage der verpfändeten Forderung vornehmen: also kündigen, mahnen, klagen, Zwangsvollstreckung betreiben, ebenso Kuhlmann, Diss. Rost. 02.

Der Pfandgläubiger hat alle Rechtsmittel gegen den Hypothekenschuldner: Klage auf Zahlung, auf Feststellung, Arrestantrag, Antrag auf Konkurseröffnung. Seuff., Konkursprozeßrecht, § 20. Die Anmeldung kann zum vollen Betrage der verpfändeten Geldforderung erfolgen. Biermann, Planck, Turnau-Förster zu § 1282, Kohler ZZP. 10, 208/9. Oetker, S. 18. Hier erhellt die Bedeutung des Satzes,

daß die ganze Forderung haftet. Trotz eines Ausfalls im Konkurse kann möglicherweise der Pfandgläubiger die verpfändete Forderung soweit „einziehen", als zu seiner Befriedigung erforderlich ist. Auch steht dem Pfandgläubiger die Klage des § 771 ZPO. zu. Schefold, a. a. O., vgl. oben S. 21/2. Er hat auch das Recht, alle Nebenrechte wie Bürgschaften, Pfandrechte, geltend zu machen. Biermann zu § 1282.

Bestritten ist die Frage, ob die prozessualen und konkursrechtlichen Entscheidungen im Verhältnis von Pfandgläubiger zum Hypothekenschuldner auch Rechtskraft gegen den Hypothekar schaffen. Dafür Schefold, a. a. O., 277/8. Staud. § 1282, II., 18. Gaupp-Stein (11) § 325, VI., 1. Vorb. I., 1, vor § 50. Goldmann-Lilienthal II. § 66, Anm. 1 zu § 1074. Dagegen anscheinend Seuffert (1910) § 325, 2, verwiesen auf Note 1, Abs. 3, Satz 2 vor § 50, nicht dagegen Satz 3. Biermann § 1282 1a. Planck § 1285, 2. Hirsch 181. Krückmann 352. Hellwig, Rechtskraft 43.

Gaupp-Stein stellt den allgemeinen Satz auf: Streitet jemand kraft eigenen Rechts über fremdes materielles Recht, so schafft das ergehende Urteil auch Rechtskraft gegen den Inhaber des fremden materiellen Rechts. In Vorbemerkung I., 1, vor § 50 stellt er dann die Behauptung auf, daß der Pfandgläubiger in den Fällen der §§ 1281, 1282, das fremde Recht geltend mache, während er im Falle des § 1227 sein eigenes Recht ausübe. (Anm. 8.) Diese Unterscheidung ist m. E. unrichtig. Entweder übt der Pfandgläubiger stets fremdes Recht aus oder er übt stets sein eigenes Recht aus. Das Recht des § 1227 entspricht im Hypothekenrecht den §§ 1133 4. Ich sehe keinen Unterschied, ob der Pfandgläubiger die Forderung und gegebenenfalls das Grundpfandrecht geltend macht oder ob er gegen einen Dritten auf Unterlassung einer schädigenden Einwirkung klagt, wie er im ersten Falle fremdes Recht und im zweiten Falle eigenes Recht ausüben sollte. Nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung vom Verhältnis des Mutterrechts zum Tochterrecht übt der abgeleitet Berechtigte nur eigenes Recht aus. Will man sich dieser Meinung nicht anschließen, so ist die Auffassung Gaupp-Steins auch aus den von Hellwig, Rechtskraft, S. 43 f. angeführten Gründen nicht haltbar. Daß allein über die Rechte des Pfandgläubigers entschieden wird, ergibt sich aus der sofort auftauchenden Frage, wem gegenüber das Urteil Rechtskraft schaffen soll: gegenüber dem Besteller? Ein Recht des Bestellers kann aber fehlen, ohne daß die Entstehung des Pfandrechts gehindert ist.

Sodann braucht der Besteller zur Zeit der Rechtskraft des Urteils nicht mehr Inhaber des Mutterrechts zu sein (S. 44). Dazu kommt noch folgendes. Wird der Pfandgläubiger mit einer Klage abgewiesen, so kann dies Urteil darauf beruhen, daß das Mutterrecht nicht durchgreift oder darauf, daß das Pfandrecht nicht durchgreift. (Dies namentlich gegen Goldmann-Lilienthal, § 66, Anm. 1, Beispiele Hellwig, 45, Anm. 14.) „Ist dies richtig, so erhellt, daß die Prüfung des über die Rechtskrafteinwendung entscheidenden Richters sich nicht darauf beschränken könnte, festzustellen, ob der klägerische Anspruch verneint ist, sondern daß er auf die Tatsachen, aus welchen die Verneinung stattfand, zurückgehen müßte. Das wäre eine Erscheinung, die bei dem sonstigen Mangel der Rechtskraft der „Entscheidungsgründe", namentlich der tatsächlichen Feststellungen, weit exzeptioneller wäre, als die subjektive Erweiterung der Rechtskraft." (45) vgl. RG. in Gruchot 49, 1065 (streitig). Hypothekar und Pfandgläubiger haben jeder sonach ein selbständiges Recht zur Prozeßführung (44). Daraus folgt, daß beide über dieselbe Frage prozessieren können, ohne daß dem zweiten von ihnen die Einrede der Rechtshängigkeit entgegengestellt werden könnte. Das Gericht kann aber nach § 147 ZPO. die Klagen verbinden. Hypothekar und Pfandgläubiger können als Streitgenossen klagen und verklagt werden. § 60 ZPO. Weigelin, 53. Sie sind dann aber nicht als notwendige Streitgenossen im Sinne von § 62 ZPO. anzusehen, da ihnen gegenüber das Rechtsverhältnis nicht einheitlich festgestellt zu werden braucht. Ebenso schaffen auch die im Konkurs- oder Zwangsversteigerungsverfahren für oder gegen einen von beiden getroffenen Entscheidungen keine Rechtskraft für oder gegen den anderen. Nur Erfüllungstatsachen, falls sie den Vorschriften des BGB. §§ 1273 f. entsprechen, haben Wirkung für und gegen beide. Diese Auffassung wird durch einen Vergleich bestätigt. Man kann das Verhältnis von Pfandgläubiger und Hypothekar bis zur Pfandreife § 1281 analog als Gesamthandsgläubigerschaft im Sinne von § 432 BGB. auffassen. Hellwig 44. Anm. 12. Kuhlmann S. 11. Jeder von beiden kann als Nebenintervenient im Prozesse des anderen beitreten, da er ein rechtliches Interesse am Ausgang des Rechtsstreits hat.

Mit dem Einziehungsrecht des Pfandgläubigers verbindet das Gesetzbuch zugleich auch eine Pflicht zur ordnungsmäßigen Einziehung. § 1285, II. Hierin liegt eine Prüfungspflicht, ob richtig geleistet wurde. Der Pfandgläubiger ist zur rechtzeitigen Mängelrüge verbunden. Er hat zu prüfen, welche Schritte gegen den Schuldner zu unter-

nehmen sind. Ebenso erstreckt sich diese Pflicht auf eine ordnungsmäßige Prozeßführung. Hierin liegt auch unter Umständen die Pflicht gegen den Schuldner zu klagen, einen Arrest zu erwirken, im Konkurse des Schuldners anzumelden und pflichtgemäß zu stimmen. Staud. § 1285, 2a, 1074, 1b. Planck, § 1285, 1074. Bem. 2. Hirsch, 297. Weitergehend legt das Gesetz dem Pfandgläubiger die Pflicht auf, den Hypothekar von der Einziehung, d. h. jeder Einziehungshandlung unverzüglich zu benachrichtigen. Eine Pflicht zur Streitverkündung ergibt sich daraus nicht. Planck § 1285, Bem. 2. Motive III., 862. a. A. Staud. § 1282, II., 1b δ., anders auch § 841 ZPO. Aus der Pflicht des § 1285, II., ergibt sich nicht eine Pflicht des Gläubigers, auf seine Gefahr behufs Beitreibung der fälligen Forderung z. B. auf dem Wege des Prozesses oder des Zwangsversteigerungsverfahrens Aufwendungen zu machen. Recht 1910 Nr. 88. JW. 1910, S. 20, Nr. 30. Der Gläubiger muß allerdings die Interessen des Pfandschuldners insoweit wahrnehmen, als dies ohne Beeinträchtigung seiner eigenen Rechte und Interessen möglich ist.

Die Einziehung der Forderung von dem Hypothekenschuldner ist von zwiefacher Wirkung. Das Pfandrecht ist untergegangen, da die verpfändete Forderung selbst untergegangen ist. § 1288, II. Möglicherweise setzt sich das Pfandrecht an den geleisteten Gegenständen fort. §§ 1287, 1288, I. Die verpfändete Forderung ist aber untergegangen. Damit ist auch die Hypothek nach § 1164 auf den Hypothekenschuldner pfandfrei übergegangen, soweit er von dem Eigentümer Ersatz verlangen kann. Ueber den Schutz des Schuldners bei Nichtbestehen des Pfandrechts sind die Seiten 26 f. d. A. zu vergleichen. Soweit der Pfandgläubiger allein zur Einziehung berechtigt ist (§ 1282), kann und muß er auch Quittung und Löschungsbewilligung erteilen. Biermann, § 1282, 1a. Staud. § 1282, 1b, ε. Aus der Löschungsbewilligung muß sich ergeben, daß der Zeitpunkt des § 1228, Abs. 2 (§ 1282, I.) zur Zeit der Zahlung eingetreten war, d. h. daß die gesicherte Forderung als Geldforderung fällig geworden war. Da es sich meist um Sicherung von Geldforderungen handelt, ist aus dem Grundbuch oder der Verpfändungserklärung der Tag der Fälligkeit festzustellen. Der Tag der Zahlung ergibt sich aus der Quittung, und somit ist die Legitimation des Pfandgläubigers zur Alleinzeichnung gegeben. Handelt es sich bei der gesicherten Forderung um keine Geldforderung, so muß das die gesicherte Forderung in eine Geldforderung umwandelnde Urteil mit dem Tage der Rechtskraft bezeichnet und dem

Löschungsantrage beigefügt werden. Die grundbuchmäßige Legitimation des Pfandgläubigers (§ 40 GBO.) ergeben das Grundbuch oder die Urkunden des § 1155 BGB.

§ 14. Beschränkungen in der Ausübung des Einziehungsrechts.

Nach § 1282 ist der Pfandgläubiger zur Einziehung der verpfändeten Forderung berechtigt. Zu anderen Verfügungen über die Forderung ist der Gläubiger nicht berechtigt. Unter Einziehung sind die Empfangnahme der Leistung und die diese vorbereitenden Handlungen zu verstehen, so oben. RG. 58, 108. Hirsch 295/6. Weiter faßt den Begriff Falkmann, Gruchot 44, 119: „Das Wesen der Einziehung besteht nicht darin, daß der Gläubiger den Gegenstand der Forderung in natura aus der Hand des Schuldners in Empfang nimmt und so in seine Gewalt bringt, sondern daß er denselben seinem Vermögen einverleibt." (110.) Unter diesen Begriff der Einziehung fällt nach Ansicht Falkmanns auch jede andere Verfügung über die Forderung, z. B. Schenkung, Erlaß, Novation, sofern nur durch die Verfügung der gleichartige Anspruch des Pfandgläubigers gegen den Verpfänder zu demjenigen (Nominal-) Betrage getilgt wird, zu welchem er über die Pfandforderung verfügt. (114.) Dieser Satz scheint, wenn ich Falkmann recht verstehe, folgende Voraussetzungen zu haben: einmal muß die Pfandforderung stets zur Sicherung einer Forderung des Pfandgläubigers an den Verpfänder dienen, und zweitens müssen die Forderungen Geld oder Wertpapiere mit bestimmtem Nennwert zum Gegenstande haben. Diese je nach den Einzelheiten des Falles und nach einer etwaigen Schädigung verschiedenen Zuspitzungen des Begriffes der Einziehung verschleiern diesen völlig. Wegen der allgemeinen Bedeutung dieses Begriffes (vgl. §§ 49, 754, 777, 1078, 1083, 1124, 1285, 2114 BGB. und §§ 836 I., 844 I., 835 I., 843, 851 II. ZPO.) erscheint es bedenklich von der oben gegebenen, klaren Begriffsbestimmung abzugehen. Hirsch 295. Gegen Falkmann hat sich auch Planck gewandt. § 1282, 1. Er geht davon aus, daß nach § 1287 die Einziehung die Wirkung hat, daß der Gläubiger an dem von dem Schuldner an den Pfandgläubiger geleisteten Gegenstande Eigentum, der Pfandgläubiger Pfandrecht erwirbt. Daraus folge für den Inhalt des Einziehungsrechts, daß der Pfandgläubiger von dem Schuldner nur eine dieser Bestimmung entsprechende Leistung verlangen könne und ein Verfügungsrecht, z. B. ein Recht zur Aufrechnung, in dem

Einziehungsrecht nicht enthalten sei. Daraus, daß der Pfandgläubiger die Forderung des Gläubigers kraft seines Pfandrechts und nicht als Gläubiger des Schuldners (Hellwig, Verpf. v. Ford.) einziehe, ergebe sich, daß der Schuldner dem Pfandgläubiger gegenüber zwar mit einer ihm gegen den Gläubiger (vor Verpfändung), nicht aber mit einer ihm gegen den Pfandgläubiger zustehenden Gegenforderung aufrechnen könne. Falle somit die Prämisse der Ausführungen Falkmanns, so ergebe sich die Unrichtigkeit der Folgerungen von selbst. Diesen Ausführungen ist auch vom Standpunkt der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung beizutreten. Der Pfandgläubiger erwirbt keine Neugläubigerstellung, sondern ihm wird die Ausübung des Mutterrechts zu seiner Befriedigung übertragen. Treffend spricht gegen Falkmann der von Planck angeführte § 1287. Das Reichsgericht 58, 108, läßt die Aufrechnung zu, obwohl es zugibt, daß der Begriff der Einziehung enger ist. Der praktische Gesichtspunkt des Reichsgerichts offenbart sich in folgendem Satz: „Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Schuldner gezwungen werden sollte, dem Pfandgläubiger dasjenige zu leisten, was dieser ihm sofort zurückzugewähren hätte". Dieser Schluß ist angesichts der §§ 1287, 1288 nur beschränkt richtig. Nach § 1287 erwirbt der Gläubiger Eigentum, der Pfandgläubiger Pfandrecht. Dieses Pfandrecht kann er garnicht zurückgewähren oder damit aufrechnen. Dieser Gesichtspunkt trifft nur bezüglich § 1288, II. zu. Bis zur Höhe der gesicherten Forderung erwirbt er Eigentum. In diesem Falle steht ihm an den erworbenen Gegenständen ein Verfügungsrecht zu, welches er auch durch Aufrechnung ausüben kann. Die Aufrechnung, die Verfügung über das künftige Eigentum, ersetzt die Empfangnahme, den Erwerb des Eigentums und die Rückübertragung des Eigentums. Der § 1288, II. setzt, wie sich aus dem Wortlaut ergibt, voraus, daß die gesicherte wie die verpfändete Forderung Geldforderungen sind, bezw. geworden sind. (§§ 1282, I., 1228, z. B. 326.) Dann ist der Wert der beiden Forderungen im selben Wertmesser ausgedrückt und dann ergibt sich sofort, wie weit sich der Pfandgläubiger aus der verpfändeten Forderung befriedigen darf. Auf diesem Grunde beruht auch die Hinausschiebung der Pfandreife einer Nichtgeldforderung über den Zeitpunkt der Fälligkeit hinaus bis zum Zeitpunkt ihrer Umwandlung in eine Geldforderung. Eine solche Umwandlung, ein solches Zurückgehen auf den allgemeinen Wertmesser ist dann nicht erforderlich, wenn der Gegenstand der gesicherten wie der verpfändeten Forderung artlich derselbe ist, wenn beide Forderungen Gattungsforde-

rungen mit einem nach Art und Güte gleichmäßig bezeichnetem Gegenstande sind. Wenngleich nach dem § 1282, I., der Pfandgläubiger erst nach Umwandlung seiner Forderung in eine Geldforderung selbstständig einziehen kann, so möchte ich doch annehmen, daß der Pfandgläubiger an den aus der verpfändeten Forderung eingezogenen Gegenständen sofort nach § 1288, II., im Gegensatz zu § 1287 Eigentum erwirbt, soweit ihm der eingezogene Betrag zu seiner Befriedigung gebührt. Hier noch die Umsetzung in Geld zu fordern, halte ich deswegen für unmöglich, weil der oben angeführte Grund des Gesetzgebers für ein Zurückgehen auf den allgemeinen Wertmesser zur Vermeidung einer Schädigung des Verpfänders nicht zutrifft. Somit ist der Boden für das Aufrechnungsrecht gewonnen. Soweit der Pfandgläubiger nach § 1288, II., in dem oben gezogenen Rahmen Eigentum an den vom Pfandschuldner geleisteten Gegenständen erwerben würde, kann er darüber auch durch Aufrechnung verfügen. Da auch die Aufrechnung Gleichartigkeit des Gegenstandes beider Forderungen voraussetzt, so ergibt sich, daß eine Aufrechnung nur möglich ist, wenn alle drei Forderungen auf denselben, d. h. der Art nach gleichen Gegenstand gerichtet sind. Die Aufrechnung ist nur zulässig, soweit der Pfandgläubiger Eigentum erwirbt, d. h. soweit ihm der Betrag zu seiner Befriedigung gebührt, d. h. bis zur Höhe der gesicherten Forderung. Insoweit der Pfandgläubiger darnach aufzurechnen befugt ist, kann auch der Pfandschuldner gegen ihn aufrechnen, demnach nur bis zum Betrage der gesicherten Forderung. Dieses Ergebnis entspricht auch der Billigkeit. Im Falle des Konkurses des Pfandgläubigers kann der Pfandschuldner nicht mit seiner ganzen Forderung aufrechnen, wie Falkmann (109, 113) meint, sondern nur bis zum Betrage der gesicherten Forderung. Den überschießenden Betrag hat der Pfandschuldner zu leisten und erwirbt der Verpfänder Eigentum, welches er aussondern kann, bezw. ist der Pfandgläubiger nicht zur Empfangnahme mit Wirkung für den Pfandschuldner befugt. Hat sich z. B. der Pfandgläubiger für eine Forderung des Verpfänders zum Betrage von 900 Mark eine Forderung des Verpfänders zum Betrage von 1000 Mark verpfänden lassen und hat jetzt der Pfandschuldner gegen den Pfandgläubiger eine Forderung von 1200 Mark, so muß der Pfandschuldner dennoch 100 Mark leisten, die der Verpfänder einzuziehen berechtigt ist. Der Pfandschuldner muß sich wegen 300 Mark an die Konkursmasse halten. Falkmann dagegen nimmt volle Aufrechnungsmöglichkeit des Pfandschuldners an (109, 113. vgl. Planck,

§ 1282, 1b), so daß er bloß wegen 200 Mark an die Konkursmasse sich zu halten nötig hätte, während auch der Verpfänder sich wegen 100 Mk. an die Konkursmasse halten müßte. In diesem Sinne wird man auch den bei Endemann § 144, Anm. 24, und Crome, § 514, Anm. 61, gemachten Unterschied zu verstehen haben. Sie unterscheiden darnach, ob der Pfandgläubiger die Forderung ausschließlich im eigenen Interesse einzieht oder nicht, und gewähren ihm darnach für den ersten Fall das Aufrechnungsrecht. Literatur bei Staud. § 1282, II., 2b β.

Zu einem Vergleich ist der Pfandgläubiger nach der strikten Vorschrift des § 1282, II., nicht befugt. Andere Verfügungen als die Empfangnahme der Leistung kann er nicht treffen; er darf dem Pfandschuldner die Schuld nicht erlassen. Kohler, ZZP. 10, 206. Seuff., Arch. 38, Nr. 79. Er kann sie demnach auch nicht zum Teil erlassen. Ob der Pfandgläubiger mittelbar über die Pfandforderung zu verfügen in der Lage ist (Schefold, Ziv. Arch. 91, 278), kommt es nicht an, denn er ist nicht dazu befugt. Die obligatorische Pflicht, die Forderung ordnungsmäßig einzuziehen, hindert ihn daran und macht ihn eventuell für eine derartige mittelbare Verfügung schadensersatzpflichtig. Aus dieser mittelbaren Verfügungsmöglichkeit kann man nicht das Recht zum Abschluß eines Vergleiches ableiten. Der Pfandgläubiger kann allerdings auf einem anderen Wege eine einem Vergleiche ähnliche Wirkung herbeiführen. Erläßt der Pfandgläubiger dem Schuldner seiner gesicherten Forderung seine Schuld zu einem Teil (nicht Verzicht § 397), so reduziert sich auch sein Einzugsrecht um diesen Teil. § 1252. Staud. § 1282. Aber ein Vergleich ist zwischen dem Pfandschuldner und dem Pfandgläubiger nicht abgeschlossen worden. Der durch die Reduzierung des Einzugsrechts frei gewordene Teil steht dem Gläubiger zu. Angesichts der §§ 1210, 1211, 1252 ist der Pfandgläubiger zu keiner Verfügung über den freigewordenen Teil der Forderung berechtigt, weder zu der im § 1282, I., erlaubten Empfangnahme, noch zur Verfügung durch einen Vergleich, wenn man dies trotz des § 1282, II., zulassen wollte.

§ 15. δ. Erweiterungen des Rechts des Pfandgläubigers durch Vereinbarung.

In Ausnahme von dem im Sachenrecht geltenden Grundsatz der zwingenden Natur der Rechtssätze sind die Vorschriften der §§ 1281 bis 1283 dispositiver Natur. § 1284. Unter den Beteiligten können an-

dere Bestimmungen vereinbart werden. So kann namentlich der Privatverkauf der Hypothekenforderung vereinbart werden. Diese Möglichkeit gewinnt für die Verpfändung einer Hypothekenforderung zumal dadurch an Bedeutung, daß sich der Gläubiger, auf den sicheren Wert der Hypothek bauend, leichter auf eine derartige Vereinbarung einlassen wird. Der Pfandgläubiger ist nach den §§ 1281—1283 nur zur Einziehung der verpfändeten Forderung und Geltendmachung der Hypothek berechtigt. OLG. 11, S. 111. Er kann zwar nach § 1277, II., auf dem Wege der Zwangsvollstreckung durch Anordnung des Vollstreckungsrichters das Recht zum Verkauf der Forderung erlangen. Dieser Weg ist aber mit Zeit- und Kostenaufwand verknüpft, der durch die Vereinbarung des Privatverkaufs vermieden wird.

Für die Vereinbarung des Privatverkaufs gelten einschränkend aber auch die Vorschriften des § 1277, Satz 2: § 1229 und § 1245, II. (Staud. § 1284b. Planck, Turnau-Förster zu § 1284. KGE. 31A., S. 315, 319.) Darnach ist es unzulässig, vor Pfandreife die lex commissoria zu vereinbaren. § 1229. Ferner kann ein Privatverkauf nicht in jeder Form vorgenommen werden, sondern es gelten für ihn die zwingenden Vorschriften des § 1245, II. Die Forderung muß darnach im Wege öffentlicher Versteigerung verkauft werden (§ 1235, I.) oder wenn die zu veräußernde Hypothekenforderung einen Börsen- oder Marktpreis hat, kann der Verkauf auch aus freier Hand durch einen öffentlichen Handelsmäkler erfolgen (§ 1221). Häufig wird für den letzteren Fall schon § 1295 durchgreifen.

Diese Vereinbarungen gelten mit der mündlichen Abrede. Staud. § 1284c. Sie haben Wirksamkeit ohne Rücksicht auf eine Kenntnis des Schuldners. Hat der Schuldner keine Kenntnis von der Vereinbarung des Privatverkaufs oder von dem stattgehabten Verkauf, so schützt ihn der § 407 vor einer Doppelzahlung. (§ 1275.) Ist die Forderung versteigert worden, ohne daß der Schuldner von der Vereinbarung Kenntnis hatte, und verlangt der Erwerber Zahlung, so ist der Schuldner nach § 372 aus einem in der Person des Gläubigers liegenden Grunde zur Hinterlegung berechtigt. Ist der Hypothekenschuldner aber von dem Recht des Pfandgläubigers zum Privatverkauf durch den Hypothekar benachrichtigt worden, so schützt den Schuldner der § 409 (§ 1275). Er kann mit befreiender Wirkung an den Erwerber leisten, falls der Pfandgläubiger ihm den Ersteher angezeigt hat. Dem Schuldner fällt dabei zur Last, zu prüfen, ob die Veräußerung

rechtmäßig war. § 1243, I. Zu der sonstigen Prüfungspflicht tritt hiernach nur noch die Prüfung hinzu, ob den Vorschriften der §§ 1235 und 1237, Satz 1, entsprochen worden ist. Diese Prüfung wird dem Schuldner durch Vorlage des Versteigerungsprotokolls des Gerichtsvollziehers, bezw. des Handelsmäklers möglich gemacht. Vermag der neue Gläubiger dem Schuldner nicht den Beweis für die Rechtmäßigkeit seines Erwerbes zu erbringen, so ist dieser zur Hinterlegung berechtigt. § 372.

§ 16. b. Einziehungsrecht des Hypothekars.

Im Stadium der Unreife des Pfandes steht dem Hypothekar nach § 1281 ein Einziehungsrecht zu. Er kann Zahlung gemeinschaftlich an den Pfandgläubiger und sich selber verlangen. Aber auch im Stadium der Reife kann der Hypothekar seine Forderung nach der hier vertretenen Ansicht geltend machen. Allerdings kann er in diesem Falle nur Zahlung an den Pfandgläubiger verlangen. Staud. § 1282, II., 4, Planck, § 1282, Bem. 4. Biermann, Bem. 2 und Hirsch. Das Tochterrecht bildet für das Mutterrecht nur insoweit eine Schranke in der Ausübung, als es zu seiner Sicherung und Befriedigung erforderlich ist. Nach diesem Grundsatz muß man die Klage des Hypothekars auf Zahlung an den Pfandgläubiger zulassen. Aehnlich formuliert Staudinger: „Dies ergibt sich aus der allgemeinen Erwägung, daß der Gläubiger seine Rechte behalten muß, soweit sie ihm nicht durch Gesetz besonders entzogen sind." Die exakte juristische Erklärung für diese Erwägung ergibt die Hirsch'sche Theorie. (Hellwig, Anspruch und Klagerecht, § 27, Anm. 23, hält dafür, daß der Gläubiger nur mehr auf Feststellung klagen könne) ebenso RG. 77, 145; 63, 218; 65, 116, Seuff., Arch. 43, Nr. 249. Im Zivilprozeßrecht: Seuffert, Petersen, Neukamp. RG. 49, 201, Gruchot 49, 1061, in Anlehnung an § 328 ff. Planck, § 1282, Anm. 4 c. f. Darnach bleibt der Hypothekar wie zur Klageerhebung auch zur Zwangsvollstreckung zur Leistung an den Pfandgläubiger befugt. Er kann einen dementsprechenden Zwangsversteigerungsantrag stellen, sich der beantragten Zwangsversteigerung mit Leistungsantrag an den Pfandgläubiger anschließen. Er kann auch die Konkurseröffnung über das Vermögen seines Schuldners beantragen. § 103, KO. a. A., Jaeger, § 103, Anm. 2. Sodann ist er auch zur Erhebung der actio Pauliana § 3, Anf. Ges. befugt unter den Voraussetzungen des § 2, Anf. Ges. Die dem Pfandgläubiger auferlegte Pflicht zur ordnungsmäßigen

Einziehung wird m. E. nicht die Pflicht enthalten, eine solche Anfechtungsklage zu erheben. Es würde sich hierbei um Aufwendungen handeln, die er auf eigene Gefahr zur Beitreibung der Forderung zu machen hätte und zu denen er nach § 1285, I., nicht verpflichtet ist. vgl. RG. in Recht 1910, Nr. 88. Deshalb ist es besonders wichtig, die Anfechtungsklage dem Gläubiger neben dem Pfandgläubiger zu gewähren. (vgl. Seuff., Arch. 15, Nr. 6, allerdings nur für die Zeit vor Pfandreife.) a. A. Oetker, 6 7 8., dessen Grundanschauung schon durch den § 1281 widerlegt wird. vgl. S. 20.

§ 17. c. Einfluß des pfandrechtlichen Verhältnisses auf den Konkurs des Hypothekenschuldners.

Nach dem Vorstehenden hat der Pfandgläubiger wie der Hypothekar das Recht, in jedem Stadium des Pfandrechts die verpfändete, bezw. eigene Forderung durch Klage, Antrag auf Konkurseröffnung usw. geltend zu machen. Für den Fall der Pfandreife ist es bestritten worden, daß neben dem Einziehungsrecht des Pfandgläubigers der Hypothekar die Forderung zugunsten des Pfandgläubigers geltend machen könne. Der Nachweis, daß der Gläubiger trotz der Verpfändung hierzu berechtigt bleibt, ist oben zu führen versucht worden, ebenso Kohler, ZZP., 10, 205, a. A., Jaeger KO., § 67, Anm. 9, § 16, Anm. 4, § 103, Anm. 2, § 182, Anm. 3. Könige, ZZP. 28, 426. Seuff. ZZP. 27, 118. Als weiterer Grund kommt hinzu, daß der Gläubiger, wie es auch von einem Teil der Gegner anerkannt wird, sowohl nach § 1281 wie nach § 1282 auf dem Wege der Singularexekution seine Forderung realisieren kann. Er kann selbständig einziehen, pfänden und verwerten zugunsten des Pfandgläubigers. Dasselbe muß auch für die Generalexekution gelten. Er kann alle Rechte im Konkursverfahren selbständig ohne den Pfandgläubiger ausüben, wie auch umgekehrt der Pfandgläubiger das Verfahren im Falle des § 1281 wie des § 1282 ohne Mitwirkung des Gläubigers durchführen kann. Oetker, S. 12/13, unterscheidet. Der Pfandgläubiger habe nur das Recht der Einziehung, nicht das der Verwaltung und deshalb sei der Pfandgläubiger nicht Mitglied der Gläubigerversammlung. Dieser Ansicht ist nach dem in dieser Arbeit vertretenen Begriff der Einziehung nicht zuzustimmen. Die Einziehung umfaßt die Annahme der Leistung wie alle diesen Akt vorbereitenden Handlungen. Das Konkursverfahren bezweckt Verwirklichung, Befriedigung der Forderung. Demnach kann der Pfandgläubiger auch das

Stimmrecht in der Gläubigerversammlung ausüben. Dies wird auch durch einen Blick auf die Singularexekution bestätigt. Sonach ist das Verhältnis folgendes: Jeder von beiden kann die Eröffnung des Konkursverfahrens beantragen und darin die Rechte eines Konkursgläubigers wahrnehmen, ohne daß der eine an die Mitwirkung des anderen gebunden wäre. Sie können aber auch beide gemeinschaftlich vorgehen, nach § 1281 durch Antrag auf Zahlung an beide gemeinschaftlich, nach § 1282 dadurch, daß der Pfandgläubiger Zahlung an sich, der Hypothekar Zahlung an den Pfandgläubiger verlangt. In diesen Fällen steht das Stimmrecht , da beide die Forderung ausüben können, dieses Recht vervielfältigt ist, beiden gemeinschaftlich zu. Sie haben nur eine Kopfstimme. Kohler, ZZP., 10, 205. Stimmen beide in derselben Weise, so wird die Stimme gezählt. Stimmen sie in entgegengesetzter Weise, so ist eine Entscheidung weder für noch gegen den zur Abstimmung gelangenden Antrag zustandegekommen, die Stimme wird nicht gezählt. Hierin kommt auch das dem BGB. zugrunde liegende Prinzip zum Ausdruck. Jeder von beiden kann seine Interessen wahren. Nur dessen Interessen werden gewahrt, der sie wahrnimmt. Werden die Interessen von beiden wahrgenommen, so sind sie im Falle einer Kollision beide gleichwertig.

Die den Konkursgläubigern gewährten Individualrechte können im Gegensatz zum Stimmrecht von jedem einzeln ausgeübt werden, z. B. §§ 86, II., 95, II., 96, 99, 125, 142, 144, 188, 189, ebenso auch die Einsichtsrechte der §§ 86, 124, 140, 178. vgl. Oetker, S. 14/15.

Das Gesetz schützt aber auch ohne besondere Wahrnehmung in gewissem Umfange die Interessen beider vor Uebergriffen des anderen. Dies geschieht in den §§ 1276 und 1282, II. Keiner von beiden ist zu Verfügungen befugt, die den anderen schädigen. Beiden steht nur das Recht der Einziehung zu. Daher kann im Fall des Zwangsvergleichs keiner ohne Mitwirkung des anderen handeln. Hier ist die vom Gesetz gewählte Form die: der Gläubiger schließt ab, der Pfandgläubiger stimmt zu. § 1276. Versagt einer die hiernach erforderliche Mitwirkung, so ist eine Entscheidung weder für noch gegen den Zwangsvergleich zustandegekommen. Die Stimme wird nicht gezählt, ebenso im Ergebnis Jaeger, § 182, Anm. 3. Kohler, ZZP. 10, 205, abw. Oetker, S. 13.

Im Konkurs wird die befristete Forderung sofort fällig. § 65 KO. Dadurch wird aber nicht auch die Hypothek fällig. Jaeger, § 65, Anm. 4.

§ 18. d. Konkurs des Gläubigers der verpfändeten Forderung.

Im Konkurse des Gläubigers, des Hypothekars, hat der Pfandgläubiger ein Absonderungsrecht. §§ 48, 64 KO. An die Stelle des Gläubigers tritt der Konkursverwalter. Dem Konkursverwalter steht die Kündigungsbefugnis zu. Er kann nach § 1286, II., auf Zustimmung zur Kündigung gegen den Pfandgläubiger klagen. Er hat mit dem Pfandgläubiger den eingezogenen Betrag nach § 1285, I., anzulegen. Im Stadium der Reife des Pfandes kann der Pfandgläubiger die Forderung eigenmächtig einziehen. Der Verwalter kann auf Zahlung an den Pfandgläubiger klagen. Nach § 127 KO. hat der Verwalter das Recht, nach erfolgloser Fristsetzung zwecks Einziehung und Verwertung des eingezogenen Gegenstandes die Forderung selbst zur Masse einzuziehen. Ist der Gläubiger der verpfändeten Forderung von dem Schuldner des Pfandgläubigers verschieden, so vermindert sich die Pfandhaftung durch den Konkursfall des persönlichen Schuldners des Pfandgläubigers nicht. Dies gilt besonders dann, wenn der Pfandgläubiger mit seinem Schuldner einen Zwangsvergleich abschließt und dadurch die gesicherte Forderung auf einen geringeren Betrag reduziert wird. § 193 KO. als Ausnahme von dem in den §§ 1211, 1275, 1137 niedergelegten Grundsatz.

§ 19. e. Abtretung an Zahlungsstatt.

Im Fall der Verpfändung einer Geldforderung, die den Regelfall bei Verpfändung einer Hypothekenforderung bildet, kann der Pfandgläubiger im Fall der Pfandreife Abtretung der Forderung an Zahlungsstatt verlangen, soweit er zur Einziehung berechtigt ist. § 1282, II. Die Abtretung, bezw. Teilabtretung erstreckt sich auch auf die Hypothek. § 1153. Der Pfandgläubiger kann im Fall der Teilabtretung verlangen, daß der ihm abzutretende Teil der Hypothek dem dem Hypothekar verbleibenden Teile im Range vorgeht. Diese Abtretung wird für den Pfandgläubiger besonders dann ein Vorteil sein, wenn der Hypothekar schon einen vollstreckbaren Titel gegen den Hypothekenschuldner erlangt hat. Durch Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den Pfandgläubiger wird ihm die Klage gegen den Schuldner erspart. Staud. § 1282, II., 1c. RGR. Komm. § 1282. Bem. d.

2. Das pfandrechtliche Verhältnis bezüglich der Hypothek.

a) Einziehungsrecht des Pfandgläubigers.

§ 20. α. Voraussetzungen, Einreden und Prüfung.

Im Falle der Pfandreife (§ 1282, I.) kann der Pfandgläubiger neben dem Hauptrecht auch die Nebenrechte geltend machen. Die Geltendmachung der Hypothek erfolgt im Wege der Klage (§ 1147) gegen den Eigentümer. Der Eigentümer kann die Klage des Pfandgläubigers durch Ausübung seines Lösungsrechtes, § 1142, abwenden. Vom Zeitpunkte der Fälligkeit ab, § 1282, kann der Eigentümer wie der Hypothekenschuldner nur an den Pfandgläubiger leisten. Fischer 287.

Im Prozeß gegen den Eigentümer hat der Pfandgläubiger im Bestreitungsfalle nachzuweisen: Bestand und Fälligkeit der gesicherten Forderung als Geldforderung, § 1282, I., Bestand und Fälligkeit der verpfändeten Forderung, Bestehen der Hypothek, Bestehen seines Pfandrechts. Zum Beweise dieser Tatsachen kann er sich zum Teil auf die Grundbuchvermutungen berufen. Der Pfandgläubiger hat dieselbe rechtlich gesicherte Stellung wie ein Zessionar. § 1275. Fischer 288. Zum Beweise des Bestehens der Hypothekenforderung kann sich der Pfandgläubiger auf den § 1138 (§ 891) berufen und ebenso zum Beweise für eine gültige Begründung der Hypothek auf den § 891. Ist eine Briefhypothek verpfändet, so treten an die Stelle des Grundbucheintrags der Besitz des Briefes und der nach § 1154 erforderlichen Urkunden, eventuell deren mittelbarer Besitz. Dagegen gilt eine ähnliche Vermutung wie § 1138 nicht für den Beweis des Bestandes der gesicherten Forderung hinsichtlich des Pfandrechts. vgl. Staud. § 1274, 1 d. a. E., 3 § 1275. 2. Denkschrift z. GBO., S. 43. Der Pfandgläubiger hat hier wie jeder Gläubiger das Entstehen der gesicherten Forderung zu beweisen. Dagegen kann er sich hinsichtlich der Hypothek für die Gültigkeit des Pfandrechtsvertrages auf den § 891 berufen. § 1275.

Dem Pfandgläubiger kommt hinsichtlich des Verpfändungsaktes der Schutz des § 892 im Zusammenhalte mit § 1155 für Briefhypotheken zugute. Er hat nicht nur die Vermutung des § 891 für einen gültigen Erwerb des Pfandrechts für sich, sondern er erwirbt auch das Pfandrecht, wenn er auf das Recht des eingetragenen, nichtberechtigten Hypothekars vertraut hat. Das Pfandrecht erstreckt sich dann nur

auf die Hypothek und nicht auf die Forderung. § 1138, vgl. Enneccerus, § 137, II., 3. Staud., § 1274, 1d s. Fischer, 288.

Der Eigentümer kann folgende Einreden geltend machen:

1. die, welche ihm gegen den Hypothekar hinsichtlich der Hypothek zustehen. § 1275, § 1157. Dem Pfandgläubiger steht aber auch hier der Schutz des guten Glaubens zur Seite, falls die Einreden nicht im Grundbuch eingetragen stehen. § 1157. Der gute Glaube wird aber ausgeschlossen, wenn ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist, § 899, oder die Unrichtigkeit aus einem Vermerke auf dem Hypothekenbriefe hervorgeht. § 1140.

2. Der Eigentümer kann die Einreden des Hypothekenschuldners als seine Einreden gegen den Hypothekar und damit gegen den Pfandgläubiger geltend machen. § 1137. Gegenüber solchen Einreden, welche vor der Verpfändung begründet waren, kann sich der Pfandgläubiger zum Schutze seines guten Glaubens auf § 1138 berufen, falls die Einreden nicht im Grundbuch standen. Einreden, welche n a c h der Forderungsverpfändung entsprechend den schuldrechtlichen Grundsätzen (§ 406—408) für den Hypothekenschuldner entstehen (vgl. S. 27 f. d. A.), werden dem Eigentümer durch den § 1156 abgeschnitten. Nach den Grundsätzen des Schuldrechts gilt bei Aenderungen in der Person des Forderungsberechtigten zugunsten des Schuldners das einmal begründete Schuldverhältnis zwischen diesem und dem Gläubiger solange als unverändert fort, bis der Schuldner Kenntnis von jener Aenderung erhalten hat. Der § 1156 schneidet aber dem Eigentümer diese Behauptungen ab, die er an sich deshalb vorzuschützen befugt gewesen wäre, weil sie dem Schuldner gegen die Forderung zustehen. §§ 1137, 406—408. Ramdohr, 373. Durch den § 1156 wird der Eigentümer aber nicht solcher Einreden beraubt, welche ihm um seiner selbst willen gewährt werden, d. h. die auf dem Oeffentlichkeitsprinzip beruhen. So kann sich der Eigentümer bei Rechtsgeschäften, die er als Eigentümer mit dem Hypothekar geschlossen hat, auf den § 893 berufen, wenn er mit dem noch eingetragenen Hypothekar abgeschlossen hat. Staud. § 893, II., 3, weitergehend Ramdohr, 374. Die §§ 1155, 1140 bei einer Briefhypothek heben den Schutz des Eigentümers durch den § 893 nicht völlig auf. Sie haben nur Bedeutung für Erfüllungstatsachen, da hierbei sich der Hypothekar durch den Besitz des Briefes legitimieren muß. Für andere Rechtsgeschäfte gilt der § 893 für den Eigentümer unverändert weiter. Staud., § 1155, II.,2 a γ. Enneccerus II., 1. § 142, Anm. 26. S.

508 (1913). Nach § 1156, Satz 2, muß der Pfandgläubiger eine Kündigung des Eigentümers an den Hypothekar gegen sich gelten lassen, wenn sie dem Hypothekar erklärt worden ist, bevor die Verpfändung dem Eigentümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen war (in Ausnahme von § 1283, II.).

3. Einreden, welche dem Hypothekar gegen das Pfandrecht zustehen, kann dagegen der Eigentümer wie auch der Hypothekenschuldner dem Pfandgläubiger nicht entgegensetzen. Einreden sind selbständige Gegenrechte. Im Sachenrechte gewähren sie die Befugnis, der Geltendmachung des Sachenrechts, z. B. des Pfandrechts zu widersprechen. Enneccerus, § 131, III., 1. Ihre Ausübung steht nur dem berechtigten Subjekt zu. Würde der Hypothekenschuldner die Einreden des Hypothekars geltend machen können, so wäre ihm die Möglichkeit eingeräumt, sich durch Geltendmachung fremder Rechte von seiner wirklich bestehenden Leistungspflicht zu befreien. Der Pfandgläubiger hat also trotz der dem Verpfänder zustehenden Einreden das Recht, gegen den Hypothekenschuldner oder den Eigentümer vorzugehen und sich zu befriedigen. Der Verpfänder, Hypothekar, hat folgende Wege, seine Einreden zur Geltung zu bringen. Im Falle einer Klage des Pfandgläubigers gegen den Hypothekenschuldner oder den Eigentümer, sei es im Stadium der Reife oder der Unreife des Pfandrechts, kann der Hypothekar auf Grund einer peremptorischen Einrede Hauptintervention erheben und Zahlung an sich verlangen. §§ 1254, 1169. Ebenso kann er im Fall einer Klage des Pfandgläubigers nach Pfandreife zur Zahlung an sich selber auf Grund einer dilatorischen Einrede Hauptintervention erheben und Zahlung an beide gemeinschaftlich verlangen. Durch Geltendmachung der Einrede wird die Pfandreife um den Zeitraum hinausgeschoben. Befindet sich der Prozeß schon im Stadium der Zwangsvollstreckung, so kann er auf Grund einer peremptorischen wie dilatorischen Einrede die Widerspruchsklage des § 771 ZPO. erheben. Für den letzteren Fall hat die Klage aufschiebende Wirkung.

Ebenso stehen dem Hypothekenschuldner wie dem Eigentümer nicht die Einreden des Schuldners der gesicherten Forderung zu, welche nach §§ 1211, 1273, auch der Hypothekar geltend machen kann. Auch hier würden sich Hypothekenschuldner wie Eigentümer zur Befreiung oder Aufschiebung ihrer in Wirklichkeit bestehenden Leistungspflicht auf die Geltendmachung fremder Rechte berufen können. Sonach beschränken sich die Möglichkeiten der Verteidigung des Eigen-

tümers im Fall einer Klage des Pfandgläubigers: auf Bestreiten der klagebegründenden Tatsachen, auf Vorbringen rechtsvernichtender Tatsachen, auf Vorschützen der Einreden des Hypothekenschuldners gegen den Hypothekar und seiner eigenen Einreden gegen die Hypothek.

Der Eigentümer hat das Recht, den Pfandgläubiger wegen seines Pfandrechts an der Forderung zu befriedigen, wenn die Forderung ihm gegenüber fällig geworden oder der Hypothekenschuldner zur Leistung berechtigt ist. § 1142. Es bleibt dem Eigentümer überlassen, auf seine Gefahr alle Voraussetzungen des Einziehungsrechts des Pfandgläubigers zu prüfen. Der Eigentümer genießt bei dieser Prüfungspflicht aber folgenden Schutz: Durch die bei einer Briefhypothek erforderliche Verpfändungsurkunde (§ 1155) übernimmt der Verpfänder, Hypothekar, die Gefahr für den Bestand der gesicherten Forderung. Dasselbe wird bei einer Buchhypothek durch die erweiterte Auslegung des § 409, I., 1., die die Anzeige des Verpfänders ersetzende grundbuchamtliche Bekanntmachung an den Eigentümer, erreicht. Dieser schuldrechtliche Schutz ist für den Eigentümer (wie auch für den Hypothekenschuldner) erforderlich, weil der Bestand des Pfandrechts von der Forderung abhängig ist. Hier gilt für den Eigentümer keine ähnliche Fiktion wie § 1138 für die Hypothek. (vgl. Denkschrift z. GBO., § 26.) Für die Gültigkeit des Verpfändungsaktes kann sich der Eigentümer zu seinem Schutze auf die Grundbucheintragung, bezw. die Legitimation des Pfandgläubigers nach § 1155 berufen. Der Pfandgläubiger hat dieselbe Stellung wie ein Zessionar. Leistet der Eigentümer an ihn, so wird er nach § 893 geschützt. Die Fälligkeit der gesicherten Forderung (bezw. § 1282, I.) und der verpfändeten Forderung hat der Eigentümer auf seine Gefahr zu prüfen. Unter Umständen kann sich der Eigentümer von dieser Prüfungspflicht durch Hinterlegung befreien. § 372. Er muß dann für den Hypothekar und den Pfandgläubiger hinterlegen unter Verzicht des Rechts zur Rücknahme. § 378.

§ 21. β. Ausübung des Einziehungsrechts, Pflichten, Wirkung.

Die Ausübung des Einziehungsrechts hinsichtlich der Hypothek regelt sich wie bei der Forderung nach den §§ 1281, 1282. Sind die Voraussetzungen dieser Paragraphen eingetreten, so ist der Pfandgläubiger berechtigt, Forderung wie Hypothek einzeln oder zusammen geltend zu machen. Die Ansicht, daß der Pfandgläubiger gehalten sei,

die Forderung geltend zu machen, bevor er sein Recht hinsichtlich der Hypothek ausüben könne (Hirsch 346, 457), beruht auf einer Ueberspannung des akzessorischen Verhältnisses von Forderung und Hypothek. (Heinsheimer, a. a. O., S. 487.) Zur Widerlegung ist auf § 25 ZPO. zu verweisen. Nach Fälligkeit kann der Pfandgläubiger ohne weiteres sein Recht aus der Hypothek geltend machen, ohne auch nur den Schuldner erst mahnen oder in Verzug setzen zu müssen. Erforderlich ist aber Fälligkeit der Hypothekenforderung. Wird die Fälligkeit durch Kündigung an den Schuldner herbeigeführt, so muß für den Fall, daß Schuldner und Eigentümer zwei verschiedene Personen sind, die Kündigung auch dem Eigentümer gegenüber erklärt werden. § 1141, I.

Bei der Geltendmachung einer Briefhypothek zeigen sich noch einige Besonderheiten. Der Eigentümer kann ihr widersprechen, wenn der Berechtigte nicht den Brief und, wenn er nicht im Grundbuch eingetragen steht, auch die nach § 1155 erforderlichen Urkunden in öffentlich beglaubigter Form vorlegt. § 1160. Der Pfandgläubiger muß im Falle eines Widerspruchs den Brief und eine öffentlich beglaubigte Verpfändungserklärung vorlegen. Steht er gemäß § 26 GBO. im Grundbuch eingetragen, so genügt die Vorlage des Briefes. Im Falle der Mahnung und Kündigung ist dies Recht des Eigentümers zugunsten des Hypothekars bezw. Pfandgläubigers insofern eingeschränkt, als der Eigentümer unverzüglich Vorlegung der Urkunden fordern muß. Staud. § 1160. II. Um Schikanen des Eigentümers zu vermeiden, soll er nicht nachträglich gegen die Rechtswirksamkeit dieser Akte einwenden können, die Urkunden seien ihm nicht vorgelegt worden. Staud. § 1160, II., a α. Das Recht des Eigentümers ist als selbständige Einrede der mangelnden Briefvorlegung aufzufassen. Fuchs, § 1160, Bem. 1. Staud., I., 1b. Planck, Bem. 5. Biermann, Bem. 1b., a. A. Prot. III., 664. Turnau-Förster, Bem. 3. Mittelstein-Oberneck, § 155. Daher bedarf es im Versäumnisverfahren nicht der Vorlage der Urkunden. Staud. § 1160, I., 1. bδ. vgl. RG. 55, 224; 56, 414. Für den Fall, daß Eigentümer und Schuldner ein- und dieselbe Person sind, ist das Einrederecht auch dem Schuldner hinsichtlich der Forderung zugestanden worden. § 1161. In diesem Fall hat das Einrederecht seine ursprüngliche Natur wieder; es ist Leistungsverweigerungsrecht.

Auch hier gelten die für das Pfandrecht an Forderungen entwickelten Sätze. Der Pfandgläubiger ist nur bis zum Betrage seiner gesicherten Forderung zur Einziehung berechtigt. Darnach kann er

die Hypothek in voller Höhe geltend machen, d. h. kündigen, mahnen, klagen, Zwangsversteigerungsantrag stellen. Die Leistung darf er aber nur bis zur Höhe der gesicherten Forderung entgegennehmen. (Für Klageantrag, Tenor vgl. § 25 d. A.) Dieser Satz hat auch Wirkung gegen den Eigentümer. Er darf das Recht des § 1142 nur bis zur Höhe der gesicherten Forderung bei Gefahr der Doppelzahlung ausüben.

Der Pfandgläubiger ist in einem Prozeß gegen den Eigentümer selbst Partei. Er hat alle Rechtsmittel gegen den Eigentümer: Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung, auf Feststellung (vgl. § 25 d. A.), einstweilige Verfügung, Klage aus § 771 ZPO. Staud., § 1147, V., C., RG. 44, 310; 48, 207; 52, 138 (wichtig für die Devastationsklagen §§ 1134, 1135). Auch hier schafft ein Urteil für oder gegen den Eigentümer keine Rechtskraft für oder gegen den Hypothekenschuldner. Dies lehrt auch ein Vergleich mit dem Bürgschaftsrecht, dem Recht der Personalsicherung. Ein Urteil gegen einen selbstschuldnerischen Bürgen hat keine Rechtskraft gegen den Schuldner und ein Urteil gegen den Schuldner keine Rechtskraft gegen den Bürgen. (cf. § 773.) Die Pflichten hinsichtlich der Einziehung gelten auch hier. (vgl. § 13 d. A.) Insbesondere gilt hier auch der Satz, daß der Pfandgläubiger nicht verpflichtet ist, auf seine Gefahr Aufwendungen zu machen. Es folgt nicht aus der Pflicht zur ordnungsmäßigen Einziehung, daß der Pfandgläubiger im Zwangsversteigerungstermin als Kaufluftiger ein solch hohes Gebot abgeben muß, daß die Hypothek gedeckt wird. Recht 1910, Nr. 88.

Soweit der Eigentümer den Pfandgläubiger befriedigt, geht die Forderung pfandfrei (§§ 1252, 1288, II.) auf ihn über und mit der Forderung auch die Hypothek. §§ 1143, 1153. Der Pfandgläubiger muß Löschungsbewilligung erteilen. (vgl. § 13, S. 32, d. A.) Ist die gesicherte Forderung kleiner als die Hypothek, so muß der Pfandgläubiger löschungsfähige Quittung auf den Brief setzen. Auch in diesem Fall erwirbt der Eigentümer den Teil der verpfändeten Forderung pfandfrei und damit den entsprechenden Teil der Hypothek. Befriedigt der Schuldner der gesicherten Forderung den Pfandgläubiger, so hat der Pfandgläubiger diesem Schuldner den Brief mit Urkunden (§ 1155) und Löschungsbewilligung hinsichtlich des Pfandvermerks herauszugeben. Ein gesetzlicher Uebergang des Pfandrechts auf den Schuldner der gesicherten Forderung, insoweit er Ersatz von dem Hypothekar fordern kann, findet aber nicht statt. (anders § 1164.)

Die Hypothek steht jetzt in vollem Umfange dem Hypothekar pfandfrei zu. Er kann nach § 985 infolge § 952 Herausgabe der eben genannten Urkunden verlangen, unbeschadet eines etwaigen Zurückbehaltungsrechts des Schuldners der gesicherten Forderung. § 273. Befriedigt der Hypothekar den Pfandgläubiger, so gilt § 1225.

Der Pfandgläubiger ist verpflichtet, Zahlung von dem Eigentümer oder einem interessierten Dritten, z. B. einem nachstehenden Hypothekar anzunehmen. §§ 1142, 1150, 1249.

§ 22. γ. Beschränkungen in der Ausübung des Einziehungsrechts.

Der Pfandgläubiger kann nur die Hypothek geltend machen; andere Verfügungen kann er nicht treffen. § 1282, II.

Ein Aufrechnungsrecht des Pfandgläubigers gegen die Hypothek mit einer Forderung gegen den Eigentümer ist nicht anzuerkennen. Es würde dies eine unzulässige Ausdehnung der dinglichen Haftung bedeuten. Ob der Eigentümer den Hypothekar, bezw. Pfandgläubiger aus seinem übrigen Vermögen befriedigen will, liegt lediglich in seiner Hand. (§ 1142. Lösungsrecht.) Staud., §1147, I., 1. § 1113, I. 1. a. c. Dem Eigentümer aber ist es nicht verwehrt, durch Aufrechnung mit einer Forderung gegen den Pfandgläubiger sein Lösungsrecht auszuüben. § 1142, Abs. 2, vgl. Enneccerus, II., 1. § 131, III., 2. Anm. 18. Einen Vergleich darf der Pfandgläubiger hinsichtlich der Hypothek ebensowenig wie hinsichtlich der Forderung abschließen. Die Zulassung einer solchen Möglichkeit würde infolge des Verhältnisses zum Hypothekenschuldner noch mehr Schwierigkeiten und Verwickelungen hervorrufen und einem internen, ganz dem Ermessen überlassenen Verhältnis ungeahnte Wirkungen gegen Dritte beilegen.

§ 23. δ. Erweiterungen des Rechts des Pfandgläubigers durch Vereinbarung.

Hier ist bezüglich des Privatverkaufs der Hypothekenforderung noch zu bemerken, daß es hier zur Sicherung des Erwerbers in der Versteigerung nicht nötig ist, dem Eigentümer Mitteilung von dieser Vereinbarung zu machen. Der Eigentümer wird nur befreit, d. h. erwirbt die Hypothek, wenn der Leistungsempfänger in grundbuchmäßiger Form legitimiert ist durch Eintragung oder durch eine vom Pfandgläubiger in öffentlich beglaubigter Form ausgestellte, kraft seiner besonderen pfandrechtlichen Stellung mögliche Zessionsurkunde.

(§ 1155.) Für den letzteren Fall trifft den Eigentümer dieselbe Prüfungspflicht wie den Hypothekenschuldner.

§ 24. b. Einziehungsrecht des Hypothekars.

Wie die Forderung, so kann der Hypothekar auch die Hypothek neben dem Pfandgläubiger geltend machen. § 1281. Er kann auch im Stadium der Pfandreife gegen den Eigentümer gemäß § 1147 klagen und die Zwangsversteigerung beantragen. Bei einer Buchhypothek stellen sich Schwierigkeiten nicht entgegen. Hat der Hypothekar aber eine Briefhypothek verpfändet, so hindert ihn der § 1160 an einer erfolgreichen Geltendmachung seines Rechts, da er nicht im Besitze des Briefes ist (§ 1278). Da aber der Hypothekar nach dem geltenden System berechtigt ist, die Hypothek in jedem Stadium des Pfandrechts geltend zu machen, hieran aber durch den Briefbesitz verhindert ist, so wird man diese objektive Berechtigung in einen Anspruch gegen den Pfandgläubiger konvertieren können, bei der Geltendmachung der Hypothek durch den Hypothekar durch Vorlage des Briefes und der ev. erforderlichen Urkunden des § 1155 mitzuwirken. (vgl. § 11, S. 24 d. A.)

§ 25 c. Zwangsvollstreckung in das Grundstück.

Die Befriedigung des Hypothekars und des Pfandgläubigers als dessen Rechtsnachfolgers erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung. § 1147. Die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung (§ 866 ZPO), die beiden für die Befriedigung eines Hypothekars gewöhnlichen Wege, können darnach erst beschritten werden, nachdem der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel gegen den Eigentümer erworben hat. Staud., § 1275, 1e. RG. Recht 09. 1518.

Die Berechtigung gegen den Eigentümer zu klagen, ergeben die §§ 1281, 1282. In demselben Augenblicke, in welchem der Pfandgläubiger die Forderung geltend zu machen befugt ist, kann er den Eigentümer in Anspruch nehmen. Das Vorgehen gegen den Eigentümer setzt selbstredend auch Pfandreife hinsichtlich der Hypothek voraus.

Die Pfandklage, die Klage des Hypothekars gegen den Eigentümer zwecks Erlangung eines „vollstreckbaren Schuldtitels", ist eine Feststellungsklage. Durch Urteil wird das Bestehen und die Ausübbarkeit des Pfandrechts, bezw. der Hypothek festgestellt. Die Pfandrechte sind nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung Verwertungs-, Befriedigungsrechte. Als prozessuale Konsequenz dieser Auffassung ist die Erscheinung anzusehen, daß der Pfandberechtigte bei

der Ausübung der wesentlichsten pfandrechtlichen Befugnisse in seiner Eigenmacht eingeschränkt wird. Er kann sie zum Teil nur unter staatlicher Aufsicht oder Mitwirkung ausüben. Da das Pfandrecht Verwertungsrecht ist, d. h. den Pfandberechtigten die Befugnis eingeräumt ist, unter gewissen Kautelen sich eigenmächtig aus dem Pfande zu befriedigen, kann das Pfandurteil weder Gestaltungs- noch Leistungsurteil sein. Es ist Feststellungsurteil. Hirsch 453. Das Pfandrecht als Befriedigungsrecht enthält auch keinen Anspruch gegen den Verpfänder auf Duldung der Zwangsvollstreckung. Hiergegen spricht auch, daß die Pflicht, eine Zwangsvollstreckung zu dulden, keine privatrechtliche, sondern eine öffentlichrechtliche Pflicht ist. Die Erzwingung dieser Pflicht erfolgt keineswegs in den Formen, in denen privatrechtlich die Duldung einer Handlung erzwungen wird. § 890 ZPO. Enneccerus § 139, Anm. 7. Hellwig, Lehrb. d. Z. P. I., 229. Hirsch 432. Hiergegen läßt sich nicht einwenden, daß der Ehemann (§ 739 ZPO.) zur „Duldung der Zwangsvollstreckung" verurteilt werden kann, denn diesem wird durch Urteil sein Privatrecht, das er nach § 771 ZPO. geltend machen könnte, im voraus abgeschnitten.

Für Feststellungsklage: Dernburg 3, § 326. Gierke § 148, A. 41; 158, Anm. 16. Geib, Rechtsschutzbegehren, 146/7. Lehmann, Unterlassungspflicht, 40. Enneccerus, § 139, I. LG. Leipzig, ZZP. 36, 109. Nießen, Jur. Woch. 02., S. 437.

Für Duldung der Zwangsvollstreckung: Biermann, § 1147, 2. Planck, 2a. Staud., III., 2. Oberneck, Grundbuchrecht 932. Maenner, Sachenrecht, § 66, S. 367. § 72, S. 444. Neumann, II., 1, vor § 1113. Landsberg, 2, § 201, S. 741. Crome, § 477, S. 755. OLG. 1, 259. ähnlich RG. 49, 106. Langheineken, Anspruch 272. Wendt, Arch. civ. Prax., 92, 21/4/5. Dümchen, Iher. Jahrb. 54, 414.

Für Leistungsklage: Hellwig, Anspruch 361. Lehrb. ZP. 1, 230. Siber, Rechtszwang, 211. Siber, Iher. Jahrb. 50, 142, 158.

Ist die Pfandklage eine Feststellungsklage, so hat der Klageantrag des Pfandgläubigers zu lauten: Das Gericht wolle feststellen, daß der Kläger wegen seines Pfandrechts an der Hypothek befugt sei, aus dem der Hypothek verhafteten Grundstück den Betrag von 1000 Mark und die Kosten des Verfahrens zu heben und sich zum Betrage von 800 Mk. und der Kosten aus dem Erlöse zu befriedigen. Der Urteilstenor hat dann entsprechend zu lauten.

Der Klage des Pfandgläubigers kann der Eigentümer widersprechen, wenn der Kläger nicht die Urkunden des § 1160 vorlegt. Un-

terläßt der Eigentümer die Ausübung dieses Rechtes, so kann möglicherweise ein Nichtberechtigter ein Urteil gegen ihn erwirken. Das Gericht kann von sich aus eine Vorlage der Urkunden nicht anordnen. Es hat vielmehr z. B. im Versäumnisverfahren den Beklagten nach den Behauptungen des Klägers zu verurteilen.

Im Falle der Pfandreife des Pfandrechts sowohl wie der Hypothek (§ 1282, II.) kann der Pfandgläubiger nach Erlangung des „vollstreckbaren Titels" den schriftlichen Antrag auf Zwangsversteigerung des Grundstückes stellen. § 16 ZVG. Dem Antrage sind die für den Beginn der Zwangsvollstreckung erforderlichen Urkunden beizufügen. Dieses sind:

1. das Urteil, welches die Vollstreckungsklausel enthalten muß. § 725 ZPO. § 727 ZPO.

2. die Zustellungsurkunde des Titels. § 750 ZPO.

3. die Zustellungsurkunde der Vollstreckungsklausel und der Urkunden über den Rechtsfolgenachweis im Fall einer Rechtsnachfolge in das Recht des Pfandgläubigers nach Erwirkung des Urteils. Jäckel, § 16, Anm. 32. § 750, II., ZPO.

Einer Beifügung des Hypothekenbriefes und der Urkunden des § 1155 BGB. bedarf es nicht. Der Eigentümer kann jetzt auch durch Ausübung seines Widerspruchsrechts (§ 1160) den Pfandgläubiger nicht zur Vorlage zwingen; dieses Recht hätte er im Prozesse geltend machen müssen. Für die Zeit n a ch dem im § 767, II. ZPO. bezeichneten Zeitpunkt verbleibt ihm jedoch dieses Recht, um geltend zu machen, daß der im Urteil Benannte j e t z t nicht mehr der Inhaber des Hypothekenpfandrechts ist. Staud., § 1160, I., 1 b γ. Fuchs, § 1160 a. a. O. Jäckel, § 28, IV. c., Note 8. Er muß dieses Recht im Wege der Klage vor dem Prozeßgericht geltend machen. § 767 ZPO. Das Vollstreckungsgericht kann nur in dringenden Fällen eine Anordnung unter Fristbestimmung zum Zweck des Aufschubs der Zwangsvollstreckung erlassen. § 769, II., ZPO. Eine Beschwerde nach § 95 ZVG. gegen die Anordnung der Zwangsversteigerung ist aus diesem Gesichtspunkt nicht möglich, weil diese Beschwerde gegen Verfahrensmaßnahmen zu erheben ist. Ein dem Verfahren entgegenstehendes materielles Recht wird im Rahmen des § 28 ZVG. nur berücksichtigt, sofern es aus dem Grundbuch hervorgeht.

Da eine Vorlegung des Hypothekenbriefs und der Urkunden des § 1155 nicht zum Zwangsversteigerungsantrag erforderlich ist, so kann ein durch einen vollstreckbaren Schuldtitel legitimierter Nichtberechtig-

ter das Zwangsversteigerungsverfahren beantragen. Einen Erlös wird er aber nicht erhalten, da er den Brief und die Urkunden des § 1155 nicht vorlegen kann. § 126 ZVG.

Der Hypothekar kann neben dem Pfandgläubiger sowohl im Stadium der Unreife wie der Reife des Pfandes die Hypothek geltend machen und die Zwangsversteigerung beantragen. Allerdings muß er dabei schon in der Klage die §§ 1281, 1282 BGB. berücksichtigen, d. h. er muß in den Klageantrag aufnehmen, daß er entweder den Erlös für beide oder für den Pfandgläubiger dem Grundstück entnehmen will. Der Hypothekar muß im Bestreitungsfalle auch die Legitimation des Pfandgläubigers erbringen. (Grundbuch oder n e b e n dem Brief die Verpfändungsurkunde § 1155.) Denn eine Zahlung auf Grund einer bloßen Anzeige nach § 409 BGB. befreit den Eigentümer nicht; für ihn gilt das Oeffentlichkeitsprinzip. Möglicherweise kann trotz der Anzeige des Hypothekars ein anderer Pfandgläubiger sein (Zession). Dem Eigentümer aber fällt es zur Last, die Berechtigung des Leistungsempfängers nach den hypothekenrechtlichen Sätzen zu prüfen.

Hypothekar und Pfandgläubiger müssen jeder einen den §§ 1281, 1282 entsprechenden Titel (§ 1147) haben, um für sich die Zwangsvollstreckung in das Grundstück herbeiführen zu können.

Pfandgläubiger und Hypothekar haben im Zwangsversteigerungsverfahren die Stellung von „Beteiligten". § 9, Nr. 1 ZVG. Betreibt einer von ihnen die Zwangsversteigerung, so ist der andere Beteiligter, es sei denn, daß er sich gemäß § 27 ZVG. dem Verfahren angeschlossen und damit die Rechte des betreibenden Gläubigers erworben hat. Nach dem oben in § 13 Ausgeführten erlangen Entscheidungen, die einem von beiden gegenüber ergangen sind, keine Rechtskraft gegenüber dem anderen. Dieser Satz gilt auch im Zwangsversteigerungsverfahren unverändert weiter. Er wird aber durchkreuzt von einer Erscheinung des Zwangsversteigerungsrechts. In diesem Verfahren sollen durch das leitende Gericht alle beteiligten Interessen gewahrt werden. Um aber dieses Verfahren durchführen zu können, müssen gewisse Entscheidungen des Gerichts nach Wahrung verschiedener Kautelen unabänderlich werden. Den Beteiligten wird Gelegenheit gegeben, ihre Interessen zu wahren. Nehmen sie sie nicht wahr, so werden sie damit ausgeschlossen. Diese Präklusionswirkung beruht auf der Natur des Verfahrens und kommt allen Beteiligten gegenüber zur Anwendung. So z. B. wird der Zuschlag nach Ablauf der Notfrist allen gegenüber rechtskräftig. Ist der Hypothekar der

betreibende Gläubiger, so beruht die Rechtskraftwirkung nicht auf dem besonderen pfandrechtlichen Verhältnis zwischen ihm und dem Pfandgläubiger, sondern nur darauf, daß auch der Pfandgläubiger Beteiligter ist. Auf Hypothekar und Pfandgläubiger kommen deshalb alle von dem ZVG. für die Beteiligten aufgestellten Rechtssätze zur Anwendung, z. B. §§ 59, 60, 67 ZVG.

Hypothekar und Pfandgläubiger stehen darnach folgende Möglichkeiten einer Beschwerde zu. Vor Rechtskraft des Zuschlagbeschlusses können sie sich, wie jeder andere Beteiligte gemäß den §§ 95, 97, 100 über die Anordnung oder Fortsetzung des Verfahrens beschweren. §§ 95, 97, I. Die Beschwerde steht ihnen zu, sobald der Zuschlag erteilt ist. § 97, I. Die Begründung der Beschwerde richtet sich nach § 100 und hat die Verletzung einer der Vorschriften der §§ 81, 83—85 ZVG. zu behaupten oder zu rügen, daß der Zuschlag unter anderen als den der Versteigerung zugrunde gelegten Bedingungen erteilt ist. Beschwert sich der Hypothekar oder der Pfandgläubiger, so steht dem anderen Teil, falls er durch die Entscheidung der Beschwerdeinstanz in seinen Interessen verletzt wird, die weitere Beschwerde zu. § 97, vgl. Jäckel, § 102, 1. Versäumt er innerhalb der zweiwöchigen Frist Beschwerde einzulegen, so ist die Entscheidung der ersten Instanz ihm gegenüber rechtskräftig gemäß der oben geschilderten Präklusivwirkung.

Für Beschwerden, die sich nicht gegen die Entscheidung über den Zuschlag richten, bleiben die Bestimmungen der ZPO. maßgebend. Jäckel I. vor § 95. Gemäß § 793 ZPO. hat jeder das Recht der sofortigen Beschwerde. Nach Rechtskraft des Zuschlages kann aber keine Vollstreckungshandlung und Entscheidung von den Beteiligten mehr angefochten werden. Jäckel § 95, Anm. 3. RG. 45, 342. Seuff. Arch. 57, Nr. 118.

Nach Rechtskraft des Zuschlages stehen den Beteiligten gemäß § 793 (766) ZPO. sofortige Beschwerde und nach § 115 ZVG. der Widerspruch gegen den Teilungsplan zu. Der Widerspruch behauptet bei formell richtig aufgestellten Plan dessen materielle Unrichtigkeit, während durch die Beschwerde geltend gemacht wird, daß der Plan nicht den gesetzlichen Vorschriften entsprechend aufgestellt ist. Jäckel, § 113, N. 3. Wolff, N. 2. Schöller, 39. Fischer-Schäfer, 403. OLG., ZBlFG. 4, 628. Aber auch hier findet sich die Präklusionswirkung. Nach Ablauf der Notfristen, bezw. der Verhandlung über den Teilungsplan finden Rechtsmittel nicht mehr statt.

Die auf Antrag des Hypothekars oder Pfandgläubigers erfolgte Anordnung der Zwangsversteigerung hat die Wirkung einer Beschlagnahme des Grundstücks. § 20 ZVG. Die Beschlagnahme gilt aber nur zugunsten des betreibenden Gläubigers. § 20 ZVG. Der Hypothekar und der Pfandgläubiger haben jeder ein eigenes Recht, das einen von dem anderen Rechte verschiedenen Inhalt hat. Die Vorteile, welche mit der Ausübung dieser Rechte verknüpft sind, kommen nur dem Inhaber des geltend gemachten Rechtes zu. Diesen Unterschied kann man in der ganzen Behandlung des Verhältnisses von Verpfänder und Pfandgläubiger beobachten. Niemand wird zur Ausübung eines Rechtes gezwungen, um dadurch alle Vorteile, welche das Recht gewähren kann, zu erlangen. Nimmt der Berechtigte seine Interessen nicht wahr, so wird er damit ausgeschlossen. So gilt auch hier die Beschlagnahme nur zugunsten des betreibenden Gläubigers. Tatsächlich kommt aber dem anderen der durch die Beschlagnahme bewirkte Zusammenhalt des Verkaufsgegenstandes (vgl. §§ 1120—22 BGB., § 21, I. ZVG., §§ 1127—30 BGB.) zugute. Jäckel, § 23, I., 1. Macht der Hypothekar im Zwangsversteigerungsstadium von seinem Lösungsrechte Gebrauch, so erwirbt er, wie oben ausgeführt, die Hypothek pfandfrei zurück. Er kann von dem Pfandgläubiger die Herausgabe der auf die Hypothek bezüglichen Urkunden verlangen. § 952. Mit dem Brief ist dem Hypothekar auch der vom Pfandgläubiger erwirkte vollstreckbare Schuldtitel auszuhändigen. Nach Umschreibung der Vollstreckungsklausel (§ 727 ZPO.) kann er das Verfahren fortsetzen. Es handelt sich in diesem Fall um kein echtes Rechtsnachfolgeverhältnis. Trotzdem muß aber der § 727 ZPO. analog auf dieses Verhältnis angewandt werden, weil der Hypothekar nach Fortfall der Ausübungsschranke sein Recht in dem Zustande anzunehmen hat, in den es während Bestehens des Tochterrechts gelangt ist. Es muß für den Hypothekar umgekehrt dasselbe gelten wie für den Pfandgläubiger, der während der vom Hypothekar betriebenen Zwangsversteigerung Abtretung an Zahlungsstatt verlangen und sich dadurch den vom Hypothekar erwirkten Schuldtitel zu Nutze machen kann.

Die auf Grund des Antrags des Pfandgläubigers angeordnete Zwangsversteigerung ist als eine aus einem eingetragenen Rechte angeordnete anzusehen (§ 26 ZVG.), denn der Pfandgläubiger übt das Veräußerungsrecht des Hypothekars aus. Er macht einen ihm übertragenen „dinglichen Anspruch“ geltend. Jäckel, § 26, I., 3.

Hypothekar und Pfandgläubiger können der von dem anderen betriebenen Zwangsversteigerung beitreten. § 27. Die Voraussetzungen hierfür sind dieselben, wie wenn er selbst die Zwangsversteigerung beantragen wollte.

Zur Empfangnahme des Erlöses im Verteilungsstadium ist die Vorlage des Briefes (§ 126 ZVG.) oder nach § 1281 BGB. die Mitwirkung von Hypothekar und Pfandgläubiger erforderlich. Mangelt es an einer dieser Voraussetzungen oder wird z. B. in der nach Pfandreife vom Hypothekar betriebenen Zwangsversteigerung der Pfandgläubiger überhaupt nicht tätig, — er legt weder den Brief vor, noch findet er sich zur Empfangnahme des Geldes bereit —, so wird der Betrag für den unbekannten Berechtigten hinterlegt. Unbekannt ist der Berechtigte immer dann, wenn der Brief nicht vorgelegt ist. Ist die Zwangsversteigerung vom Pfandgläubiger vor Pfandreife betrieben und versagt der Hypothekar seine Mitwirkung (§ 1281), so ist der Betrag, da hier der Brief vorgelegt und unbrauchbar gemacht werden kann, für die bestimmt zu bezeichnenden Berechtigten zu hinterlegen.

Dieselben Grundsätze, wie sie für die Zwangsversteigerung entwickelt sind, gelten auch für die Zwangsverwaltung. § 146 ZVG.

B. Das pfandrechtliche Verhältnis in dem Falle, daß die verpfändete Forderung noch nicht fällig ist.

§ 26. Recht zur Kündigung.

a) Bezüglich der Forderung

Nach Reife des Pfandrechts (§ 1282, I.) sind sowohl Hypothekar wie Pfandgläubiger zur Kündigung berechtigt. § 1283, II. Für den Schuldner gelten lediglich die Vorschriften des Schuldrechts. Ihm stehen schützend die §§ 409 und 410 BGB. zur Seite. Ist dem Hypothekenschuldner die Verpfändung nicht angezeigt worden und legt der Pfandgläubiger auch keine Verpfändungsurkunde des Hypothekars vor, so ist, falls der Schuldner der Geltendmachung des Rechts widerspricht, die Kündigung unwirksam. § 410, I. Staud., § 1161, 1. Dieser Fall ist besonders für die verpfändete Buchhypothek beachtenswert. Ist die gesicherte Forderung keine Geldforderung, so muß bei einer Kündigung des Pfandgläubigers auch das Urteil gegen den Schuldner der gesicherten Forderung vorgelegt werden, damit der Schuldner der verpfändeten Forderung prüfen kann, ob der Pfandgläubiger allein zur Kündigung berechtigt ist. §§ 1283, III., 1282, I., 1228, II.

Nach Pfandreife kann der Schuldner allein dem Pfandgläubiger kündigen, § 1283, III. Gegen eine Unwirksamkeit der Verpfändung und daraus folgende Unwirksamkeit der Kündigung schützt den Schuldner der § 409. Die Prüfung der Pfandreife liegt dem Schuldner ob. Liegt diese nicht vor, so ist die dem Pfandgläubiger allein erklärte Kündigung nichtig. Um sich hiergegen zu schützen, ist es für den Schuldner praktischer, die Kündigung beiden zu erklären. § 1283, II. Andererseits ist auch eine vor wie nach Pfandreife nur dem Gläubiger, Hypothekar, erklärte Kündigung nichtig. Staud. § 1283, 2. Im Falle der Unkenntnis der Verpfändung schützt den Schuldner gegen den § 1283, II. der § 407. Der Pfandgläubiger muß die dem Gläubiger allein erklärte Kündigung gegen sich gelten lassen.

Sind Eigentümer und Hypothekenschuldner dieselbe Person, so gelten die Grundsätze für die Geltendmachung der Hypothek auch für die Kündigung der Forderung, § 1161; die schuldrechtlichen Vorschriften werden dadurch ausgeschlossen. Der Hypothekenschuldner kann daher bei der Kündigung einer Briefhypothek, sei es durch den Hypothekar, sei es durch den Pfandgläubiger, der Kündigung widersprechen, wenn nicht der Brief vorgelegt wird. Steht der Pfandgläubiger nicht im Grundbuch eingetragen, so muß er auch die Verpfändungsurkunde in öffentlich beglaubigter Form vorlegen. § 1160.

b) Hinsichtlich der Hypothek gilt für die Kündigung die Vorschrift des § 1141. Sind Eigentümer und Schuldner nicht dieselbe Person, so ist eine nach obigen Grundsätzen von Pfandgläubiger oder Hypothekar dem Schuldner oder von diesem jenen erklärte Kündigung für die Hypothek nur wirksam, wenn hierzu noch die Kündigung des Eigentümers an die Gegner oder dieser an jenen hinzutritt. § 1141, I. Für diesen Fall *gilt* zum Schutze des Pfandgläubigers, bezw. des Hypothekars der im Grundbuch Eingetragene in Abweichung von §§ 893, 1138 als Eigentümer (§ 1148), auch wenn ihnen die Unrichtigkeit des Grundbuchs bekannt oder ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen ist. OLG. 18, 172. RGR. Komm. § 1141, 4. Für die Wirksamkeit der Kündigung des Eigentümers greift § 893 (1138) schützend ein, es sei denn, daß dem Eigentümer die Unrichtigkeit des Grundbuchs bekannt oder ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen ist.

Eine gemäß § 1141 zwischen Eigentümer und Gläubiger erklärte Kündigung ist dem Schuldner gegenüber nicht wirksam. Sie bewirkt keine Fälligkeit der Forderung. Da die Hypothek in ihrer

Ausübbarkeit und ihrem Bestande ganz von der Forderung abhängt (§§ 1113, 1137), so hat eine solche Kündigung überhaupt keine Wirkung. vgl. RGR., Komm. § 1141, 1. Sonach setzt der § 1156, Satz 2, wonach der Pfandgläubiger eine Kündigung des Eigentümers an den Hypothekar gegen sich gelten lassen muß, es sei denn, daß dem Eigentümer die Verpfändung zur Zeit der Kündigung bekannt (§ 50 GBO.) oder im Grundbuch eingetragen war, in der Regel voraus, daß Eigentümer und Schuldner dieselbe Person sind. Auszunehmen ist der Fall, daß der Schuldner gekündigt hat und der Eigentümer die Hypothek kündigen will.

Für den Schuldner, auch wenn er mit dem Eigentümer zusammenfällt, gilt zu seinem Schutze für eine Kündigung nach der Verpfändung der Hypothekenforderung der § 407. Der Pfandgläubiger muß die an den Hypothekar gerichtete Kündigung gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Schuldner die Verpfändung zur Zeit der Kündigung kannte (§ 55 GBO.) Für die Hypothek gilt dies nicht. § 1156. Hinsichtlich der Hypothek ist die Kündigung des Schuldners (er fällt mit dem Eigentümer zusammen) an den Hypothekar nicht wirksam, wenn zur Zeit der Kündigung das Recht des Pfandgläubigers schon eingetragen war. vgl. Arch. f. Bürgl. Recht, 14, 283.

§ 27. Verwertung der Hypothek durch Verkauf.

Ist die Hypothekenforderung noch nicht fällig und kann ihre Fälligkeit auch nicht durch Kündigung herbeigeführt werden, so steht für den Pfandgläubiger zu seiner sofortigen Befriedigung der Weg des § 1277 BGB. offen (vgl. § 1233, II.), wonach er sich auf Grund eines vollstreckbaren Titels im Wege der Zwangsvollstreckung befriedigen kann. Nach § 844 ZPO. kann hiernach der Vollstreckungsrichter eine anderweitige Verwertung der Forderung als durch Einziehung, namentlich den Verkauf der Hypothekenforderung anordnen. Auch kann er sich auf diesem Wege die verpfändete Forderung zum Nennwerte an Zahlungsstatt überweisen lassen. § 835 ZPO. Um eines dieser Ziele zu erreichen, muß sich der Pfandgläubiger einen „vollstreckbaren Schuldtitel" verschaffen. Es besteht Einigkeit in der Literatur darüber, daß dieser Titel gegen den Inhaber des Rechts, den Hypothekar, gerichtet sein muß. Es handelt sich auch hier wie im Fall des § 1147 um eine Pfandklage, durch die Bestand und Ausübbarkeit des Pfandrechts festgestellt wird. vgl. RGR., Komm. §1271, I. Ist der „vollstreckbare Titel" von dem Pfandgläubiger erwirkt worden, so hätte nach dem

Wortlaut des Gesetzes „im Wege der Zwangsvollstreckung" die Pfändung zu erfolgen, mit der in den meisten Fällen zugleich die Ueberweisung § 835 ZPO. verbunden wird. Diese Auffassung wird von Planck, § 1277, und dem Kommentar der RGR. vertreten. Ihr ist aber nicht zuzustimmen. Der Pfandgläubiger hat an der hypothekarisch gesicherten Forderung ein Pfandrecht. Eine Pfändung ist deswegen überflüssig. Das auf die Pfandklage ergehende Urteil „bildet den gesetzlichen Untergrund für das unmittelbare weitere Vorgehen der Vollstreckungsorgane." Staud., § 1277, 1a β. Alle Voraussetzungen der §§ 829, 830 ZPO. für die Entstehung des Pfandrechts liegen schon in der Person des Pfandgläubigers vor. Der kostspielige Umweg ist deswegen überflüssig. Der gesetzgeberische Grund für die Anordnung des § 1277 war auch allein, einer unwirtschaftlichen Ausbeutung des Rechts durch den Pfandgläubiger vorzubeugen. M. III., 859. Staud. § 1277, I., 1, β, ebenso Biermann § 1277, I., Fuchs, a. a. O. Auf Grund des vollstreckbaren Titels ergeht somit sofort der Ueberweisungsbeschluß. Es wird sich für den vorliegenden Fall nur um die Ueberweisung an Zahlungsstatt handeln. Dasselbe Ziel kann der Pfandgläubiger aber auch nach § 1282, I., Satz 3, durch Klage auf Abtretung des Teiles der Forderung, der seiner gesicherten Forderung entspricht, erreichen, ohne an Pfändungsformalitäten gebunden zu sein.

Das in diesem Stadium der Hypothekenforderung für den Pfandgläubiger praktischste Mittel, zu seiner Befriedigung zu gelangen, ist der Verkauf der Forderung. Eine Ermächtigung zum Verkauf der Forderung kann der Pfandgläubiger auf dem Wege des § 844 ZPO. erreichen, indem er bei dem Vollstreckungsgericht unter Ueberreichung seines vollstreckbaren Schuldtitels auf diese Art der Verwertung anträgt. Das Vollstreckungsgericht kann nach Anhörung des Gegners diesem Antrage entsprechen. Vgl. zu der auf Grund dieser Anordnung erfolgten Veräußerung RG. 61, 333. Staud. § 1277, I., 1a δ. Biermann 2d. Planck, 2 zu § 1277.

§ 28. III. Umfang der Pfandhaftung.

Nach § 1289 erstreckt sich das Pfandrecht auch auf die Zinsen der Forderung. Dies hat aber nicht den Sinn, daß das Pfandrecht zu einem Nutzpfandrecht oder einem Pfandrecht auf Totsatzung wird, sondern nur die Bedeutung, daß der Pfangläubiger sich zu seiner Befriedigung auch an die Zinsen halten kann. Die Regelung dieser

Haftung ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung der Haftung der Mietzinsen bei der Hypothek. § 1289. Hier ist aber die Abänderung getroffen, daß zur Beschlagnahme die Anzeige des Pfandgläubigers an den Schuldner genügt, daß er von seinem Einziehungsrechte Gebrauch mache. Hierdurch kann der Pfandgläubiger einer weiteren Verfügung des Gläubigers, Hypothekars, über die Forderung vorbeugen. Staud., § 1289, I. Beim Pfandgläubiger müssen die Voraussetzungen zur Einziehung der Hauptforderung (§ 1282, I.) gegeben sein, wenn er die Zinsen einziehen will. Staud. a. a. O. 1a. Turnau-Förster, Biermann zu § 1289. Der Pfandgläubiger kann aber auch nach § 1281 im Stadium der Unreife seines Pfandrechts durch Beschlagnahme seine Interessen wahrnehmen. Staud. 1. Planck 2 zu § 1289. Dem Gläubiger wird durch das Bestehen des Pfandrechts die Verfügungsbefugnis über die Hauptforderung wie die Nebenforderungen (Zinsen) nicht genommen. Unter Zinsen sind nicht nur rechtsgeschäftliche, sondern auch gesetzliche zu verstehen. (Verzugszinsen.) Sonstige Erweiterungen der Forderung infolge Verschuldens unterliegen nach allgemeinen Grundsätzen als Akzessorien der Forderung mit dieser dem Pfandrechte. M. III. 867. Es ergeben sich folgende Sätze (vgl. Stobbe-Lehmann II., § 173, 6):

Fällige nichtbezahlte Zinsen treten aus der Pfandhaftung aus, wenn nicht die Anzeige des Pfandgläubigers an den Schuldner vor dem Ablauf eines Jahres nach Fälligkeit erfolgt vgl. § 1123, II.

Zinsen, welche dem Verpfänder gezahlt oder von diesem einem Dritten abgetreten sind, bevor jene Anzeige erfolgt, sind von der Haftung frei. Erlangt ein Dritter Rechte an den Zinsen vor der Anzeige, so hat er den Vorrang vor dem Pfandgläubiger. § 1124. Es sind aber alle dem Pfandgläubiger nachteiligen Rechtsgeschäfte über die Zinsen nur wirksam hinsichtlich der Zinsen des zur Zeit laufenden und des nachfolgenden Kalendervierteljahres. § 1124. Der Uebertragung der Zinsforderung muß es gleichstehen, wenn die Hauptforderung ohne den Zinsanspruch übertragen wird. Turnau-Förster, Staud., § 1289. Die Aufrechnung regelt § 1125. Die Wirksamkeit der Anzeige bestimmt sich nach § 130f. BGB. Staud., § 1289, 2a.

Das Grundstück haftet für die rechtsgeschäftlichen, eingetragenen und die gesetzlichen Zinsen ohne weiteres. §§ 1115, 1118. Damit aber die Zinsen der Forderung für das Pfandrecht haften, bedarf es einer Beschlagnahme, d. h. Anzeige des Pfandgläubigers an den Hypothekenschuldner. Ist diese erfolgt, so haftet auch das Grundstück für die be-

schlagnahmten Zinsen, aber nur soweit, als nach den obigen Ausführungen eine Beschlagnahme der Zinsen durch den Pfandgläubiger noch möglich ist. Soweit die Zinsen freigeworden sind, kann sich der Eigentümer dem Pfandgläubiger gegenüber darauf berufen.

Fraglich ist, ob der Pfandgläubiger die Anzeige zurücknehmen kann. Dies ist zu bejahen. Zweifelhaft bleibt dann aber, ob die Rücknahme in positiver Verzichtsabsicht erfolgt ist oder nicht. Kipp, Rechtswahrnehmung und Reurecht, sodann Klein, Arch. f. Bürg. R., 33, 265. Zurücknahme von Willensmitteilungen, weiter Klein, Anzeigepflicht im Schuldrecht, S. 63.

Kipp, der mit Recht die Anzeige aus § 1289, II., für rücknehmbar hält, kommt zu folgenden Ergebnissen: „Die Frage, welche Wirkung die Zurücknahme der Anzeige hat, entzieht sich der reinen Beantwortung. Denn der Gläubiger kann das Pfandrecht an der Zinsforderung, wie jedes andere, durch einseitige Erklärung aufgeben. § 1273, II., 1255, I. Er kann also auch in wirksamer Verzichtsabsicht die Anzeige zurücknehmen, daß er von seinem Einziehungsrechte keinen Gebrauch mache. Das Recht der einseitigen Disposition des Gläubigers über sein Pfandrecht wird aber auch zur Anerkennung des Satzes nötigen, daß der Pfandgläubiger, auch wenn er nicht die positive Verzichtsabsicht hatte, durch Zurücknahme der Anzeige das Pfandrecht in die Gefahr des Untergangs mit Ablauf des Jahres zurückgeben kann. Es wird darauf ankommen, ob am Ende des Jahres die Anzeige des Gläubigers, daß er von seinem Einziehungsrechte Gebrauch mache, aufrecht steht." Klein fügt diesen Ausführungen noch folgendes hinzu: „M. E. ist dem Zinsschuldner dadurch zu helfen, daß man ihm das Recht einräumt, im Falle der Zurücknahme der Anzeige durch den Pfandgläubiger eine Erklärung darüber zu verlangen, ob diese Anzeige in positiver Verzichtsabzicht erfolgte oder nicht." Klein, Anzeigepflicht 63. Arch. f. Bürg. R. 33, 266. Diesen Ausführungen ist beizupflichten.

Mein Lebenslauf.

Ich, Arnold Friedrich Walter Gröpke, wurde am 24. April 1892 als Sohn des Kaufmanns Louis Gröpke und seiner Ehefrau Auguste, geb. Pott, geboren. Von 1898—1910 besuchte ich die Oberrealschule am Clevertor zu Hannover und bestand am 16. Febr. 1910 die Reifeprüfung. Darauf studierte ich an den Universitäten Göttingen (2 S.), München (1 S.), Berlin (1 S.), Göttingen (2 S.) Rechtswissenschaft und bestand am 1. Oktober 1913 in Celle das Referendarexamen. Am 8. Oktober 1913 wurde ich zum Referendar ernannt und dem Amtsgericht in Esens i. Ostfriesland zur Beschäftigung überwiesen. Am 12. September 1914 wurde ich an das Landgericht in Aurich versetzt.